

وحيد الدين سوار

دكتور فى الحقوق من جامعة القاهرة
حامل الشهادة العالية من كلية الشريعة
فى الجامع الأزهر
استاذ القانون المدني فى كلية الحقوق
بجامعة دمشق

التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى

دراسة مقارنة بالفقه الغربى

الطبعة الثانية

الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
الجزائر
1979

رقم النشر 804 / 79

الجزائر 1979

الاهداء

الى ذكرى والدي . . .

الى المعنيين بالفقه الاسلامي ، العاملين على احيائه ، الجادين فى اتمام خطواته ، المتشوقين الى قانون عربي أفضل مستمد من غنى مصادره .

((ان الله أرسل رسله وأنزل كتبه ليقـــوم الناس بالقسط ، وهو العـدل الذى قامت به السماوات والارض .

فاذا ظهرت أمارات الحق ، وقامت أدلته بأى طريق كان ، فنلك من شرع الله ودينه ، ورضاه وأمره))

ابن القيم

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

(١) أهمية الموضوع من وجهة التقنين المدنى السورى . (٢) أهمية الموضوع من وجهة التشريع المقارن . (٣) طريقة البحث . (٤) خطة البحث .

١ — تتقاسم النظمَ القانونية فى العصر الحديث نزعتان : نزعة ذاتية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى ، وتحفل فى التصرف بإرادة العاقد الباطنة ، وتعتمد معايير ذاتية تعول فيها على النية الخفية . ونزعة موضوعية تجرى شرائعها على العكس من ذلك فتغلب فى الالتزام عنصره المادى ، وتحفل فى التصرف بإرادة العاقد الظاهرة ، وتعتمد معايير موضوعية تعول فيها على العرف والمألوف فى التعامل .

وهمنا فى أبحاثنا القادمة منصرف إلى تحديد موقف الفقه الإسلامى من هاتين النزعتين فى مجال التعبير عن الإرادة ، أهو يتشيع لنظرية الإرادة الظاهرة كما يستفاد من المذكرة الإيضاحية لمشروع التقنين المدنى المصرى (أصل القانون المدنى السورى) إبان تسويغها لانحياز المشروع للارادة الظاهرة[1] أم أنه على العكس من ذلك ينحاز إلى الإرادة الباطنة كما جرى على لسان بعض الباحثين[2] ؟

ويتضح ما ينبنى على هذه الإجابة من أهمية ، إذا عرفنا أن المسألة التى تتناول دراستها هذه الرسالة هى من أمهات المسائل التى احتدم الخلاف حولها فى مجال القانون المدنى وتجاوز الصراع حولها مجال النظر الفقهى إلى مجال التطبيق فى ميدان النظم القانونية .

٢ — وغير خاف أيضاً ما ينبنى على هذه الإجابة من أهمية فى مجال التشريع المقارن ذلك أن الفقه الإسلامى قد غدا موضع اهتمام رجال القانون فى الغرب منذ أن

---

(١) راجع التقنين المدنى المصرى للاستاذ جمال الدين العطيفى ، ج ١ ، ص ٩ .
(٢) راجع ماسيأتى ، ف ٤٨٥ ص ٤٦٢ .

أعلن الأستاذ لامبير Lambert الفقيه الفرنسى المعروف ، فى المؤتمر الدولى للقانون المقارن الذى انعقد فى مدينة لاهاى عام ١٩٣٢ ، تقديره الكبير للفقه الإسلامى(١) ثم جاءت قرارات مؤتمر لاهاى للقانون المقارن المنعقد عام ١٩٣٧ معترفة بحيوية الشريعة الإسلامية وقابليتها للتطور ، واستقلالها عن غيرها من التشريعات ، وصلوحها لأن تكون مصدراً من مصادر التشريع عامة(٢) . وكذلك قرارات مؤتمر المحامين الدولى المنعقد فى لاهاى عام ١٩٤٨ فقد جاءت معترفة بدورها بما فى التشريع الإسلامى من مرونة وأهمية موصية اتحاد المحامين الدولى بأن يقوم بتبنى الدراسة المقارنة لهذا التشريع والتشجيع عليها . ويتجلى أخيراً هذا الاهتمام بالمؤتمرات التى تقيمها شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة تحت اسم «أسبوع الفقه الإسلامى» ولقد عقد آخرها فى ١٩٥٢/٧/٢٣ فى كلية الحقوق بجامعة باريس برئاسة الأستاذ ميّو Millot أستاذ الفقه الإسلامى فى تلك الكلية ، إذ أصدر المؤتمرون فيه قراراً يعترف بما لمبادىء الفقه الإسلامى من قيمة تشريعية لا يمارى فيها ، وبما ينطوى عليه اختلاف المذاهب الفقهية فى هذا النظام القانونى العظيم من ثروة فى المفاهيم الحقوقية ، وصناعة هى مناط الإعجاب ، يتيحان لهذا التشريع الاستجابة لمطالب الحياة الحديثة والتلاؤم مع حاجاتها(٣) .

---

(١) راجع مقالة لأستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى عن صلاح الشريعة الإسلامية للخلود فى ميدان التطبيق المدنى منشور فى مجلة القضاء العراقية ومنقول فى مجلة نقابة المحامين بدمشق ، السنة الأولى ، عدد ٦ ، ٧ .

(٢) راجع تاريخ التشريع الإسلامى للاستاذ السايس والسبكى والبربرى ، ص٣٥٣ — ٣٥٤ .

(٣) نشير هنا أن كلية الشريعة فى جامعة دمشق قد أخذت على عاتقها إصدار « موسوعة الفقه الإسلامى » وهو المشروع الذى سبق أن نادى إلى ضرورة تحقيقه عدد من الباحثين فى الفقه الاسلامى وبوجه خاص شعبة الحقوق الشرقية من المجمع الدولى للحقوق المقارنة فى مؤتمرها الذى أشرنا إليه فى المتن

ولقد أشارت المادة الأولى من المرسوم الجمهورى رقم ١٧١١ الصادر بتاريخ ٣ مايس (مايو) ١٩٥٦ إلى أن غاية هذه الموسوعة هى : « صياغه مباحث الفقه الإسلامى بمختلف مذاهبه ، وإفراغها فى مصنف جامع مرتب على غرار الموسوعات القانونية الحديثة بحيث :

(ا) يعرض مواد الفقه الاسلامى عرضاً علميا حديثا .

(ب) ويسهل الرجوع إلى نصوصه فى كل موضوع للافادة منها إلى أبعد حد .

(ج) ويرشد الباحثين إلى مصادر هذا الفقه ومواطن كل بحث فيه . »

٣ — طريقة البحث : عمدنا فى هذه الرسالة إلى انتهاج طريقة موضوعية تاريخية مقارنة .

فهى موضوعية لأنها تمتمد النصوص أولا وعلى هذا لسنا نبدأ بنظرية كى نوجه تفسير النصوص على هداها[1] بل نقطة البداية لدينا هى النصوص نفسها ترتفع منها

وحددت نشرة صادرة عن لجنة موسوعة الفقه الإسلامى الغاية القومية التى ترمى إليها الموسوعة بقولها : « إن موسوعة الفقه الإسلامى ستقرب هذا الفقه العظيم من الشارعين والمتشرعين فى البلاد العربية والإسلامية ، وتساعد على إقامة الحياة فيها على أسس ذاتية نابعة من تراثنا وتقاليدنا وأعرافنا ، وبذلك يستطيع الفقه الإسلامى أن يؤدى خدمته الجلى للوحدة العربية ، ويسهل اتخاذه عندئذ أساساً لتوحيد التشريع فى الوطن العربى الكبير (راجع : موسوعة الفقه الإسلامى ، فكرتها — منهجها ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٩ ، ص ٣) . »

هذا ولقد تراءى إلينا عند إعداد هذه الرسالة للطبع أن وزارة الأوقاف فى الإقليم الجنوبى قد أعدت مشروع قانون يقضى بإنشاء مؤسسة تدعى « دائرة المعارف الإسلامية » ترمى إلى « وضع مدونة جامعة للمعارف الإسلامية وفقاً للأساليب الحديثة تكون فى نفس الوقت فاتحة إشعاع للمعارف الإسلامية على الحضارة الحديثة وإسهاما مضاعفاً فى ركب التطور العالمى للحضارة (راجع المذكرة الإيضاحية لمشروع القانون الخاص بإنشاء مؤسسة عامة لدائرة المعارف الإسلامية ١٩٦٠ ، ص ١) . »

وقضت المواد ١٧ و ١٩ و ٢١ من المشروع آنف الذكر أن تتبنى المؤسسة المقترح إنشاؤها مشروع « موسوعة الفقه الإسلامى » الذى كانت لجنة الموسوعة فى دمشق قد بدأت به منذ أربع سنوات على أن تظل دمشق مقرا لهذه اللجنة وأن ينشأ لها مكتب فى القاهرة . وقضت المادة ٢٢ من المشروع المشار إليه باعتماد مبلغ ربع مليون جنيه ، كميزانية لموسوعة الفقه الإسلامى موزعة على خمس سنوات وهو الوقت المحدد لانجاز هذه الموسوعة .

انظر فى تأييد هذا المشروع مقالة للدكتور طه حسين منشورة فى جريدة الجمهورية فى مدينة القاهرة فى عددها الصادر فى ١٥ مايس (مايو) ١٩٦٠ رقم ٢٣٣٨ تحت عنوان « موسوعة جمال عبد الناصر فى الفقه الإسلامى » حيث وصف عميد الأدب العربى هذا المشروع بقوله : « هذا عمل جليل سيكون له ما بعده لا فى حياة العالم الإسلامى وحده بل فى الحياة الانسانية كلها إذا أتيح له من النجاح والعناية ماهو أهل له » وقال أيضاً : « وسيكون هذا المعجم أول إحياء للون من ألوان التراث القديم بأدق معانى هذه الكلمة وأوسعها ... فيعيش الفقه الإسلامى بين المسلمين كما يعيش المسلمون أنفسهم ، ويؤثر فى حياتهم على اختلاف الأجيال والعصور كما أثر فى حياة المسلمين القدماء على اختلاف الأجيال والعصور أيضاً » .

والله نرجو أن يوفق القائمين على هذا المشروع إلى أداء رسالتهم السامية فى سبيل عالم عربى أفضل ، يصل ماضيه المجيد بحاضره المتوثب ، ولما فيه خير هذه الأمة المتشوقة إلى مستقبلها كى تعود كما كانت « خير أمة أخرجت للناس » .

(١) Jaton, L' article 24 chiffre 4 CO, thése, Lausanne, 1939, P. 61.

وعن طريقها هى بالذات لنستخلص النظام الفقهى الإسلامى الذى ندرسه . وعلى هذا لن يكون همنا التقريب السريع بين النظم بل سندرس النظام الفقهى الإسلامى طبقاً لروحه الخاصة محتفظين له بنقطة بدايته[1] وعلى هذه الخطة السديدة سار قبلنا أستاذنا الجليل الدكتور عبد الرزاق السنهورى[2] .

وهى طريقة تاريخية لم نقف فيها عند الكتب المتداولة للمتأخرين فحسب بل مددنا بصرنا إلى أمهات الكتب الفقهية فى الماضى البعيد لنستقى النصوص مطمئنين من ينبوعها الصافى الأصيل وقبل أن تتعرض لما قد يشوب النقل أحياناً من تبديل أو تغيير . وسنلمس ثمار هذه الطريقة بوجه خاص عند تحقيقنا لشرط السماع فى الإيجاب والقبول .

وهى طريقة مقارنة ليست تقتصر على الفقه الإسلامى بل تتناول التقنين الوضعى ، وهى ليست تنحصر فى مذهب واحد بل تتناول كل المذاهب ، ذلك لأن الاقتصار على مذهب واحد لا يعطى ، فيما نرى ، صورة كاملة عن حقيقة الفقه الإسلامى فلابد لجلاء هذه الحقيقة من دراسة جميع المذاهب لكى نتعرف إلى ذلك الفيء التشريعى الظليل الذى استظل به الوطن الإسلامى فلبى حاجاته على أحسن شكل وأتم صورة . هذا وسنعمد إلى التعويل على المذهب الأقرب إلى روح المصدرين الرئيسيين الكتاب والسنة

---

(١) يقول مالبرانش : « إن هناك نوعين من التفكير الأول يلحظ فى يسر أوجه الخلاف بين الأشياء ... أما الآخر فيتخيل ويفترض التشابه بينها . . . النوع الأول هو وحده الذى يستطيع استخلاص الأفكار الدقيقة الواضحة للأمور التى يواجهها . . . ولهذا فإنه يراها عن قرب ، دون أن يفوته منها شيء ... أما الثانى فإنه يتعرض لأن تكون نظرته سطحية لاتتقبل إلا آثاراً باهتة مختلطة يبصر الأمور عرضاً ، ومن بعد ، وتبدو له متشابهة متقاربة غير واضحة (نقلا عن قلادة ، ص ١٥) . »

(٢) جاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ٢ — ٣) : «لن يكون همنا فى هذا البحث إخفاء مابين الفقه الإسلامى والفقه الغربى من فروق فى الصنعة والأسلوب والتصوير ، بل على النقيض من ذلك سنعنى بإبراز هذه الفروق حتى يحتفظ الفقه الإسلامى بطابعه الخاص ، ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى على أسس موهومة أوخاطئة ، فإن الفقه الإسلامى نظام قانونى عظيم ، له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية فى صياغته . وتقضى الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن فى هذا أشد حرصاً من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامى من الفقه الغربى ، ولا يعنينا أن يكون الفقه الإسلامى قريباً من الفقه الغربى ، فإن هذا لايكسب الفقه الإسلامى قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والابتداع ، وهو جانب للفقه الإسلامى منه حظ عظيم . »

إذ فى القرب من هذين المصدرين خلاص مما ينتاب الصناعة الفقهية أحياناً من مجافاة لمبدأ العدالة وإغراق فى التعويل على استقرار التعامل .

هذا ولن نعمد إلى إهمال علم أصول الفقه كما جنح إليه بعض الباحثين قبلنا[1] فهو فى نظرنا لا يخلو من فائدة فى دراسة النصوص ولقد لمسنا هذه الفائدة فعلا فى أكثر من موضع فى أبحاث هذه الرسالة[2] .

وليس يفوتنا أن نشير إلى ما أدخلناه على بعض المصطلحات القانونية من تجديد[3] وعذرنا فى هذا التجديد أن هذه المصطلحات لما يستقر بها العرف ، وماينبغى لها أن تدرك الاستقرار قبل أن تخضع للنقد والتمحيص .

٤ — خطة البحث : سنجرى فى دراستنا القادمة وفق الترتيب الآتى :

الباب التمهيدى : النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى .

القسم الأول : دور التعبير عن الإرادة فى تكوين التصرف القانونى .

تمهيد : التصرف القانونى والواقعة القانونية . الباب الأول : التعبير المُلقَى والتعبير المُتَلَقَّى . الفصل الأول : إظهار الإرادة . الفصل الثانى : إعلام الإرادة . الباب الثانى: طرق التعبير عن الإرادة . الفصل الأول :التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ الفصل الثانى : التعبير عن الإرادة باللفظ . الباب الثالث : نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الأول : تأصيل نظرية الإرادة الظاهرة . الفصل الثانى : الصرائح والكنايات. الفصل الثالث : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة . الباب الرابع : نظرية السبب . الفصل الأول : نظرية السبب فى الفقه الغربى . الفصل الثانى : نظرية السبب فى الفقه الإسلامى .

القسم الثانى : دور التعبير عن الإرادة فى تحديد آثار التصرف القانونى .

تمهيد : الفصل الأول : التفسير . الفصل الثانى : شرعية آثار التصرف القانونى . الفصل الثالث : القوة الملزمة للعقد .الملحق . الخاتمة .

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة ، ف ١٣ ، ص ٦٤ .

(٢) راجع ماسيأتى ص ٥١ وما ب وف ٢٩٣ وما ب ، ص ٢٩٣ وما ب .

(٣) راجع هامش الصفحات الآتية : ٧٢ ، ٧٥ ، ٣٧٤ .

وختاماً نرى لزاما علينا أن نتقدم بوفير الشكر إلى كل من أسدى إلينا عوناً فى تحضير هذه الرسالة . راجين من الله العلى القدير أن يجعل عملنا خالصاً لوجهه . وأن يسدد خطانا ، ويلهمنا الصواب ، وأن يمدنا من قوته لكى نتابع الطريق الذى بدأناه فى خدمة شريعته ، إنه سميع مجيب .

دمشق — المزرعة

الجمعة فى { ١٧ نيسان (أبريل) ١٩٥٩م
٩ شوال ١٣٧٨ هـ }

وهبة الدين رضا سوار

الباب التمهيدى

الفصل الأول

النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى

١ — إذا شئنا أن نحدد نزعة للشريعة الإسلامية ، فهذه النزعة لا شك موضوعية .(١) ويتضح أثر هذه النزعة بوجه خاص فى مجال التعبير عن الإرادة . ويحسن بنا أن نستهل بحثنا عن التعبير عن الإرادة بإلمامة سريعة بالمواطن التى تتجلى فيها هذه النزعة فى الفقه الإسلامى فنتكلم عن النزعة الموضوعية فى طبيعة الالتزام أولاً ثم فى التصرف القانونى وأخيراً فى الواقعة القانونية .

---

(١) نرى أن الترجمة الأدق لتعبيرى La théorie objective et la théorie subjective الإفرنسيين هى النظرية الموضوعية والنظرية الذاتية ، وقد درج الفقهاء على ترجمة الأولى بالمذهب المادى والثانية بالمذهب الشخصى . راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ج ١ ، ص ٨١ و ف ٨ — ٩ ، ص ١٠٧ — ١٠٨ . نظرية الإلتزام للدكتور أحمد حشمت أبو ستيت ، ف ١٨ ، ص ١٥ . مصادر الإلتزام للدكتور سليمان مرقص ، ف ١٢ — ١٣ ، ص ١٢ — ١٣ . النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٧ مكرر ، ص ١٠ . مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ، ف ١٠ — ١١ ، ص ١٠ — ١١ .

ونحن نؤثر التسمية الأولى لسببين : أولا : لأن كلمة مادى إلى جانب عدم دقة ترجمتها ، يقابلها لفظ «معنوى» أو روحى . ثانياً : لأن التسمية المفضلة هى المعروفة فى لغة الأدب والفلسفة فى التعبير عن هاتين النظريتين . راجع الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ف ٣٩٤ ، حاشية رقم ١ ، ص ٢٧٤ .

وقد استعمل الدكتور السنهورى فى الوسيط التسميتين ، راجع الوسيط ، ج ١ ، ص ٧٤ و ٩٣ و ١٧٩ .

المبحث الأول

النزعة الموضوعية فى طبيعة الإلتزام

الفرع الأول

طبيعة الإلتزام فى الفقه الغربى

٢ — يتنازع نظرية الإلتزام فى الفقه الغربى مذهبان : المذهب الشخصى ، والمذهب المادى . يرى المذهب الشخصى أن الإلتزام هو رابطة بين شخصين ، وهى رابطة تبعية وسيادة يخضع بموجبها المدين للدائن ، وهذا الخضوع كان تاماً عند الرومان ، حيث كان للدائن سلطان على حياة المدين وحريته ، فهو إن شاء استرقه وإن شاء أماته .

ثم أخذ هذا السلطان يتناقص مع التطور ، حتى تلاشى على يد أصحاب المذهب المادى الألمان الذين أخذوا ينظرون إلى الإلتزام ، لا على أنه رابطة بين شخصين ، بل على أنه علاقة بين ذمتين : ذمة مدينة ، وذمة دائنة . أما صاحبا هاتين الذمتين فهما متكافئان ، لا سلطان لأحدهما على الآخر ؛ وتبرز قيمة محل الإلتزام لدى هذا المذهب ، حيث ينفصل محل الإلتزام عن طرفيه ، ويتداول فى السوق كقيمة مالية ، بينما تبرز قيمة أطراف الإلتزام لدى المذهب الأول . ويلاحظ أن تطور التعامل الاقتصادى وما اقتضاه من سرعة تداول المال ، أدى إلى انحياز الأنظار الفقهية الحديثة إلى المذهب الثانى .

ويحلل أصحاب المذهب المادى الإلتزام إلى عنصرين هما المديونية والمسئولية . أما المديونية فهى انشغال الذمة بالإلتزام ، وهذا العنصر هو مجرد وصف يفيد تعلق الإلتزام بالذمة فهو حالة ساكنة لا تقتضى إجباراً ولا إكراهاً .

أما المسئولية فهى إمكان الإستيفاء الجبرى ، وهذا العنصر يمثل الإلتزام فى حالة الحركة ، وهو يرتبط بمضمون الذمة المالى ، ولا شأن له بشخص المدين .

وعن طريق تحليل الالتزام إلى هذين العنصرين ، أمكن توزيعهما على شخص المدين وذمته ، فعنصر المديونية يرتبط بالشخص فهو مدين غير مسئول ، وعنصر المسئولية يرتبط بالذمة وحدها ؛ فمن مضمون هذه الذمة ينهل الدائنون ، ولا شأن بشخص صاحبها .

٣ — ولقد كان لقيام هذا المذهب المادى نتائج عملية هامة :

(١) إمكان انتقال الالتزام من ناحيتيه الإيجابية (حوالة الحق) والسلبية (حوالة الدين) ولقد أمكن ذلك بفضل فصل المذهب المادى بين أطراف الالتزام ومحله . أما المذهب الشخصى الذى يرى اتصال المحل بالأطراف فمنطقه لا يستسيغ هذا الانتقال .

(٢) إمكان تصور قيام التزام فى ذمة المدين قبل أن يتعين الدائن اكتفاء بإمكان تعيينه عند التنفيذ . إن وجود الملتزم وحده كاف فى نظر هذا المذهب عند نشوء الالتزام . فهو الذى سيتحمل عبء الالتزام ، أما الدائن فيكفى وجوده عند التنفيذ ، ففى هذا الوقت وحده تظهر الحاجة إليه ، ما دامت مهمته تنحصر فى استيفاء الحق الذى نشأ من مصدره . ولا يقبل أنصار المذهب الشخصى فكرة قيام الالتزام على طرف واحد وهو المدين ، لأن الالتزام عندهم رابطة بين شخصين : الدائن والمدين ، ووجود كليهما ضرورى عند نشوء الالتزام وتنفيذه .

٤ — ولقد ساعد استغناء المذهب المادى عن وجود الدائن عند نشوء الالتزام على تفسير أوضاع حقوقية عملية ، لا تجد تفسيراً لها فى ظل المذهب الشخصى .

(١) فهو أولا يفسر التزام المدين بإرادته المنفردة ، كما هو الحال فى شخص يعد بجائزة لمن يأتى له بشىء مفقود . فالالتزام ينشأ هنا فى ذمة الواعد قبل أن يتحقق العثور على الشىء المفقود ، وقبل أن يوجد الدائن العاثر ، ما دام هذا الأخير سيوجد عند التنفيذ .

(٢) وهو ثانياً يفسر جواز الإشتراط لمصلحة شخص غير معين أو غير موجود وقت الإشتراط ، كما فى تأمين الأب على حياته لمصلحة أولاده الذين يرزقون له فى المستقبل .

(٣) وهو يفسر أيضاً الالتزام الذى ينشأ بسند لحامله ، فإنه ينشأ بإرادة المدين ولمصلحة دائن غير معين وقت إنشاء الالتزام .

الفرع الثانى

طبيعة الإلتزام فى الفقه الإسلامى

٥ — تصطبغ فكرة الإلتزام فى الفقه الإسلامى بصبغة مادية بحتة ، فهى علاقة مالية محضة بمال المدين ، وقد ثبت أن النبى صلى الله عليه وسلم لم يحبس طوال مدة حياته أحداً فى دين قط ، وقال لغرماء المفلس «خذوا ما وجدتم وليس لكم إلا ذلك»(١) وقد روى أن غرماء معاذ بن جبل طلبوا من النبى صلى الله عليه وسلم حين لم توف أمواله بديونهم ، أن يبيع معاذاً لهم وفاء لدينه ، فقال عليه الصلاة والسلام: « ليس لكم إليه من سبيل »(٢) .

وإلى جانب السنة النبوية نجد القرآن الكريم يصرح بإنظار المدين المعسر إلى قدرته ، فقد جاء فى محكم الكتاب « وإن كان ذو عسرة فنظرة إلى ميسرة » على أن الشريعة السمحاء إن تسامحت مع المدين المعسر فقد حمت الدائن من تعنت المدين الميسور الواجد ، فقد جاء فى الحديث « لَيُّ الواجد ظلم يحل عرضه وعقوبته » . وجاء

---

(١) شرح الموجبات والعقود ، زهدى يكن ، ج ١ ، ص ٣٥٥ .

(٢) إن هذه القصة قد تشف عن طبيعة الالتزام لدى العرب قبل الإسلام ، وأن هذا الالتزام كان علاقة شخصية لا مادية يؤكد ذلك المعانى اللغوية لكلمة « دين » لدى العرب ، فقد جاء فى مذكرات أستاذنا الشيخ على الخفيف لدبلوم الشريعة الإسلامية عام ٩٥٢ — ٩٥٣ ، ص ١ : « أصل مادة « دان » ينبىء عن معنى القهر والغلبة ، والإذلال ، والخضوع ويدل على ذلك ما يأتى :

١ — إن من معانى كلمة « الدين » الطاعة ، والذل ، والحساب ، والقهر ، والغلبة ، والاستيلاء ، والسلطان ، والملك ، والخضوع .

٢ — إن كلمة « الديان » تطلق على القهار ، والقاضى ، والحاكم ، والسائس ، والمجازى ، وفى كل هذا أيضاً معنى الخضوع والغلبة .

٣ — إطلاق كلمة « المدين » على العبد ، وكلمة « المدينة » على الأمة ، وعلى المصر ؛ ولذا قيل : دنته بمعنى ملكته .

٤ — يقال « دان القوم » إذا ساسهم ، وقهرهم ، فدانوا له ؛ ويقال أيضاً « دانوه » إذا خضعوا له وانقادوا ، ولذا قيل « دين الملك » و « ملك مدين » بمعنى أطيع ، وملك مطاع .

وعلى هذا الأساس استعملت كلمة « الدين » فيما على الإنسان لغيره من مال ثابت فى ذمته بناء على ما كانت تستوجبه هذه الصلة من خضوع المدين لدائنه ، وبسط الدائن سلطانه عليه ، حتى إنه ليرى أن له حق تملكه بالدين .. » .

أيضاً « مُطْلُ الغَنِيّ ظلم » وظلم المدين الغنى يستدعى إجباره وإكراهه على الوفاء ولو اقتضى ذلك حجز حريته . إنما يتم هذا الحجز لامباشرة عن طريق الدائن كما كان الأمر يجرى لدى الرومان ، بل عن طريق الحاكم بناء على طلب الدائن ، ؛ وبهذه السلطة التي أعطاها الشارع للقاضي ، وضعت الأمور فى نصابها فلم تسمح الشريعة للمدين أن يتعنت ، ولم تسمح للدائن أن يبالغ فى طغيانه على مدينه ، بحيث يكون له سلطان مباشر على حريته وحياته ؛ وهذا التدبير الذى اقتضته الضرورة لا يجرد الالتزام فى الشريعة الإسلامية من طابعه المادى ، وإنما هو مجرد ضمان فى يد الدائن ضد المدين الميسور المماطل[1] .

وسنستعرض فيما يلى المواطن التى تبرز فيها الصبغة المادية للإلتزام فى الفقه الإســــلامى .

٦ — (أ) انتقال الإلتزام من ناحيته الإيجابية (حوالة الحق) والسلبية (حوالة الدين) : وإمكان هذا الإنتقال هو نتيجة للفصل ما بين أشخاص الإلتزام ومحله ، وهو أثر من آثار النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى . أما المذهب الشخصى الذى يأخذ بالنزعة الذاتية ، فإن منطقه يقتضى عدم إمكان تغيير طرفى الرابطة ، وهذا ما قضى به القانون الرومانى .

٧ — على أن إقرار الفقه الإسلامى لحوالة الحق وحوالة الدين ، ليست من الأمور المتفق عليها بين الباحثين فى الفقه الإسلامى .

فنهم من يؤيد هذا الإقرار ، ومن هذا الفريق الدكتور شفيق شحاته ، والأستاذ مصطفى الزرقاء ، ومنهم من يؤيد ذلك بتحفظ ومن هذا الفريق الدكتور عبد الرزاق السنهورى .

---

(١) راجع Louis Milliot , Introduction à l'étude du Droit Musulman, 1953 , p. 207 .
يقرر المؤلف الطبيعة الموضوعية للالتزام فى الفقه الإسلامى ، ويرد على الفقيهين سانتيلانا وموراند اللذان توهما أن الالتزام شخصى ، ويؤكد أن تنفيذ الالتزام يجرى على مال المدين لا جسمه ، وينتهى إلى أن الإسلام قد سبق الغرب فى تحرره من الرق التعاقدى .

(أ) يقول الأستاذ شفيق شحاته ، فى رسالته النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية : « سنرى أن للالتزامات فى الفقه الإسلامى صبغة مادية ، وقد أدت هذه الصبغة إلى إمكان تصور انتقال الالتزام من ناحيته السالبة - يعنى حوالة الدين - ، بينما هو لا يقبل الانتقال من ناحيته الموجبة - يعنى حوالة الحق - وهذا الانتقال يتم بواسطة ما أسميه الحوالة[1] . »

وفى محاضرات الأستاذ شفيق شحاته عن حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية ، التى ألقاها فى معهد الدراسات العربية العالية عام ١٩٥٤ ، عدل عن رأيه فى حوالة الحق . فقد جاء فيها : « وأما حوالة الحق فالذى اتضح لنا بعد استقرائنا للمسائل ، أن الحكم بعدم جوازها هو فى الواقع حكم مبتسر[2] . »

ويذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء فى مؤلفه المدخل إلى نظرية الالتزام العامة فى الفقه الإسلامى إلى « أن الواقع المقرر فى نصوص الفقه الحنفى جواز حوالة كل من الحق والدين[3] . »

(ب) على أن الدكتور عبد الرازق السنهورى فى مؤلفه مصادر الحق فى الفقه الإسلامى يقرر وجود حوالة الحق بشروط معينة فى مذهب واحد من مذاهب الفقه الإسلامى وينفى وجود حوالة الدين بالمفهوم الغربى فى المذاهب الأربعة جميعاً ، فهو يقول :

« كيف صحت حوالة الدين فى مذاهب الفقه الإسلامى المختلفة ، وصحت حوالة الحق فى مذهب مالك ؟

يفجأ الباحث حقاً ، إذا أخذ بظاهر العبارات أن يجد المذاهب الأخرى فى الفقه الإسلامى ، غير مذهب مالك ، لا تجيز حوالة الحق وتجيز حوالة الدين ، مع أن حوالة الحق تسبق **عادة** فى تطور النظم القانونية حوالة الدين ، بل إن هناك قوانين ، كالقانون الفرنسى ، عرفت حوالة الحق ولا تعرف حتى اليوم حوالة الدين ! ويفجأ

---

(١) النظرية العامة للالتزمات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ف ١٠٦ ، ص ١١٩ .

(٢) محاضرات عن حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية للدكتور شفيق شحاتة ف ٧٧ ، ص ٦١ .

(٣) المدخل إلى نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى أحمد الزرقاء ، جـ ٢ ، ف ٣٢ ، ص ٧٤ .

الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامى . يجيز حوالة الدين بالعقد ولا يجيزها بالميراث، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه ، لم يجز انتقال الدين بالعقد بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث !

على أن البحث الدقيق ، فى نصوص الفقه الإسلامى يزيل هذا العجب ، ويبعد عن الفقه الإسلامى شبهة هذا الشذوذ . فليس صحيحاً أن الفقه الإسلامى عرف حوالة الدين ولم يعرف حوالة الحق . وإلا كان هذا بدعاً فى تطور القانون. **ومن غير الطبيعى** أن يعرف نظام قانونى حوالة الدين قبل أن يعرف حوالة الحق، كما أنه من غير الطبيعى، أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء ، وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت . لقد كان الفقه الإسلامى فى تطوره طبيعياً ، كسائر النظم القانونية : لم يعرف حوالة الدين ، لا بسبب الموت ، إذ الدين لا ينتقل إلى الورثة بل يبقى فى التركة حتى تقوم بسداده ولا بين الأحياء ، إلا فى صورة من صور الكفالة أو التجديد ، وعرف حوالة الحق بسبب الموت ، إذ حقوق المورث تنتقل إلى الوارث ، وبين الأحياء بقيود معينة وفى مذهب واحد هو المذهب المالكى .

أما ما يسمى فى الفقه الإسلامى بحوالة الدين ، فهو فى الفقه الحنفى غيره فى فقه المذاهب الثلاثة الأخرى ، وهو فى المذاهب الأربعة جميعاً ليس « حوالة » دين بالمعنى المفهوم فى الفقه الغربى[1] » .

٨ — ونحن وإن كنا نتفق مع أستاذنا السنهورى فيما انتهى إليه[2] لسنا نوافقه على الأسس التى ارتكز عليها فى الوصول إلى هذه النتيجة . إن إخضاع الفقه الإسلامى إلى نفس السنن التى خضع لها القانون الرومانى، كما ذهب إليه أستاذنا ، ليس بسديد أضف إلى ذلك أن القانون ، وهو من العلوم الاجتماعية المعقدة ، لا يخضع

(١) مصادر الحق ، ج ٥ ، ص ٨١ — ٨٢ . وانظر رسالة فى هذا الموضوع للأستاذ محمد الحسينى عبد الغفار ورسالة للدكتور عبد الودود يحي .

(٢) ومع التحفظ بأن انعدام التطابق بين الحوالة فى الفقه الغربى والحوالة فى الفقه الإسلامى يقابله انعدام التطابق بين البيع فى الفقه الغربى والبيع فى الفقه الإسلامى لدخول المقايضة فى الثانى دون الأول .

بشكل واضح لمبدأ التقيد الذى يخضع له عالم المادة . فكثيراً ما نرى فى مجال تطور مفاهيم القانون حركة شبيهة بحركة رقاص الساعة ! إن هذه المفاهيم غالباً ما تسير من مد إلى جزر ومن جزر إلى مد[1] .

فليس ما يدعو إلى الاستغراب إذن ، أن يغاير الفقه الإسلامى القانون الرومانى فى إجازته لحوالة الدين بالعقد دون الميراث . إن عدم إلزام الوارث بدين المورث فى الفقه الإسلامى يتفق وروح هذا الفقه ، التى تأبى أن « تزر وازرة وزر أخرى » و « أن الغرم بالغنم » و « الخراج بالضمان » وهذه الروح ، فيما أعتقد ، هى التى أملت على التشريع الإسلامى قاعدة « لا تركة إلا بعد سداد الديون »[2] . وليس لدينا من الأدلة ما يكشف لنا عن سوابق هذه القاعدة فى عهد الجاهلية . وقد يكون القرآن الكريم فى آيته الكريمة « من بعد وصية يوصى بها أو دين » قد عبر عما سار عليه العرب قبل الإسلام ، وقد يكون قد غاير ما ساروا عليه . والمهم فى الأمر ، نفى كون الفقه الإسلامى « شاذاً عن سنن التطور » و « عدم طبيعته » ، كما ذهب إليه أستاذنا

---

(١) ففى عالم الاقتصاد سار العالم من الحرية الاقتصادية إلى التقيد ثم من التقيد إلى الحرية . وهاهو اليوم يتجه من جديد نحو الاقتصاد الموجه ، وهو ضرب من الغل يفرض على الحرية الاقتصادية وكذلك الأمر فى عالم القانون ، فالجميع يتحدثون اليوم عن انتكاس مبدأ سلطان الإرادة ، وكثير من الفقهاء يصفون هذا الانتكاس بأنه أزمة طرأت على العقد .

وكذلك الأمر فى مفهوم الشكل ؛ فبعد أن ازور عالم القانون عن الشكل عاد إليه من جديد فى قالب مهذب فى التصرف المجرد . وإليك ما قاله الدكتور السنهورى عن هذا التذبذب فى تطور المفاهيم فى صدد بحثه عن السبب : « ومن هنا كان تطور العقد من تصرف شكلى إلى تصرف رضائى ثم من تصرف رضائى إلى تصرف مجرد ، تطوراً تعاقب فيه عاملا الاستقرار والإرادة على مراحل متتابعة ، كان الظفر فى كل مرحلة منها لأحد العاملين على الآخر ومن هنا كان التصرف المجرد رجوعاً مهذباً إلى التصرف الشكلى ، كلاهما يستجيب لعامل الاستقرار ، ولكن التصرف الشكلى يستجيب إليه فى جمعية بدائية ، ويستجيب إليه التصرف المجرد فى جمعية متحضرة (الوسيط ج ١ ص ٤٦٤ ف ٢٨٦) » .

(٢) ويذهب الدكتور غاستون ستيفانى فى مذكراته عن « الميراث والوصية فى القانونين الفرنسى والمصرى » لقسم الدكتوراه عام ١٩٥٠ — ١٩٥١ إلى أن مرد عدم انتقال الالتزام عن طريق الميراث هو كون الالتزام فى الفقه الإسلامى علاقة شخصية محضة .

« Dans le systéme musulman où le rapport d' obligation est un rapport strictement personnel, les dettes d' une personne décédée ne peuvent se transmettre à ses héritiers »

وفى الأدلة السابقة التى سقناها عن مادية الالتزام فى الفقه الإسلامى ما يدحض هذا الزعم .

فقد جاء فى كلامه السابق : « ويفجأ الباحث أيضاً أن يرى الفقه الإسلامى يجيز حوالة الدين بالعقد ، ولا يجيزها بالميراث ، مع أن انتقال الدين بالميراث يسبق عادة انتقاله بالعقد ، بل إن القانون الرومانى فى أعلى مراحل تقدمه ، لم يجز انتقال الدين بالعقد ، بالرغم من أنه أجاز انتقاله بالميراث ! »[1] .

ويقول أيضا : « ومن غير الطبيعى أن يسلم نظام قانونى بانتقال الدين بين الأحياء ، وهو لم يعترف بانتقاله بسبب الموت » .

فهل القانون الرومانى هو الضابط فى تطور المفاهيم القانونية . وإذا كان الأمر كذلك ، فلم قفز الشرع الإسلامى فى مبدأ الرضائية قفزته الرائعة ، تلك القفزة التى عبر أستاذنا السنهورى عن إعجابه بها فى أكثر من موضع ؟[2] وهل يعتبر

---

(١) إن مرد انتقال الديون فى القانون الرومانى إلى الوارث هو اعتبار هذا الأخير مكملا لشخصية المتوفى ، فقد كان الوارث يحتل المركز الأدبى والروحى الذى كان المتوفى يشغله ، فلا عجب إذن إذا رأينا القانون الرومانى يلزم الوارث تبعاً لذلك ، بديون المتوفى صوناً لاعتباراته الأدبية التى سيرثها عنه .

جاء فى كتاب « الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها » للدكتور محمد معروف الدواليبى ، ص ١١٩ : « وقد كان الوارث فى الحقوق الرومانية يأخذ مكان المتوفى ، ويحل محله فى جميع شؤونه ، من أشياء مادية وأشياء معنوية ، ومن حقوق له وحقوق عليه ، ولذلك كان مسئولا عن الديون التى على المتوفى ولو تجاوزت حدود التركة لاعتباره وارثا لشخصية المتوفى لا وارثا لأموال المتوفى . »

أما الفقه الاسلامى فقد اعتبر أشخاص الأسرة مستقلين فى نطاقها . وكان مفهوم الأسرة فيه أكثر تطوراً مما هو عليه فى ظل القانون الرومانى فلم يسمح لطغيان رب الأسرة على أعضاء أسرته ولم يكن لرئيسها ما كان لرئيس الأسرة الرومانية من سلطان مطلق . جاء فى كتاب الوجيز السابق ص ٩٦ : « وقد كانت الأسرة الرومانية تؤلف فى الجملة مجموعة ذات صفة دينية ، ورئيس الأسرة هو كاهنها ، وخلية سياسية ، هو حاكمها ، ووحدة اقتصادية ، هو سيدها ، وبعبارة أوضح إن رئيس الأسرة هو صاحب السلطة المطلقة فيها ، وله فيها حق الموت والحياة ومن باب أولى حق بيع الأولاد أو نقلهم لأسرة ثانية » .

(٢) جاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ٣٧) ونظرية العقد (ص ٦٣) : « والذى يلفت النظر فى أحكام العقد قاعدة أساسية قررها الفقهاء تقضى بأن الإيجاب والقبول وحدهما كافيان فى تكوين العقد . ووجه الغرابة فى ذلك ان هذه القاعدة على بساطتها وكونها من بديهيات القانون الحديث ، لم يصل القانون الرومانى على عراقته ، إلى تقريرها كقاعدة عامة حتى فى آخر مراحل تطوره . ولعل السر فى وصول فقهاء الشريعة الإسلامية إلى هذه القاعدة ، ما كان للدين من الأثر البليغ فى تقرير قواعد الفقه أصولا وفروعا . =

الفقه الإسلامي غير طبيعي في قفزته هذه لأنه حاد عن منطق القانون الروماني ؟ ! .

والخلاصة : إن المقارنة ، التي عقدها المؤلف بين الفقه الإسلامي والقانون الروماني ، والذهاب إلى أن القانون الروماني قد سار على سنن التطور بإجازته لانتقال الدين بالإرث قبل إجازته لانتقاله بالعقد ، يخرجان بالمؤلف عن الخطة التي وضعها في مقدمة سلسته القيمة في مصادر الحق في الفقه الإسلامي ، جاء في هذه المقدمة : « ولن نحاول أن نصطنع التقريب ما بين الفقه الإسلامي والفقه الغربي على أسس موهومة أو خاطئة ، فإن الفقه الإسلامي نظام قانوني عظيم له صنعة يستقل بها ، ويتميز عن سائر النظم القانونية في صياغته ، وتقتضي الدقة والأمانة العلمية علينا أن نحتفظ لهذا الفقه الجليل بمقوماته وطابعه . ونحن في هذا أشد حرصا من بعض الفقهاء المحدثين ، فيما يؤنس فيهم من ميل إلى تقريب الفقه الإسلامي من الفقه الغربي ، فإن هذا لا يكسب الفقه الإسلامي قوة ، بل لعله يبتعد به عن جانب الجدة والإبداع وهو جانب للفقه الإسلامي منه حظ عظيم »(١) .

٩ — (ب) **تحليل الالتزام بالدين إلى عنصرين الدين ذاته ، والمطالبة به :**
يميز الفقه الإسلامي في الإلتزام بالدين بين عنصرين : الدين ذاته ، والمطالبة به . وهذان العنصران هما متلازمان في الأصل . بيد أنهما قد ينفك أحدهما عن الآخر حينا ، فيكون محل المديونيه هو ذمه المدين ، ومحل المسئولية هو ماله . كما لو كان قاصرا فإن التنفيذ هنا يتعلق بماله ، فلا يحبس بما زاد عليه ، وإلى هذا أشارت المادة ١٦٩من قانون الأحوال الشخصية السوري حيث نصت على أنه : (١) القاصر متى بلغ الثالثة عشرة الحق في أن يتولى إدارة ماله الذي كسبه من عمله الخاص (٢) لا يكون القاصر ضامناً لديونه الناشئة عن هذه الإدارة إلا بقدر ذلك المال .

ويلاحظ أيضا أن من نتائج هذا التميز تسمية الدائن طالباً (راجع م ٦٤٤ من المجلة) .

= ويكفي لترجيح هذا الرأي ، أن نذكر أن العقد في أوربا لم يصبح رضائياً إلا تحت تأثير عوامل مختلفة ، من أهمها الدين المسيحي ، وقوانين الكنيسة ، وهي تحض على وجوب الوفاء بالعهد ، فصار تقيد الإنسان بكلمته متفقاً مع آداب الدين . ثم انتقل بعد ذلك من الدائرة الدينية إلى الدائرة القانونية » .

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٢ .

ويتعرض الفقهاء لهذا التحليل أيضاً بمناسبة الكفالة ، والحوالة ، والإبراء ، والتقاص ، وتأجيل الدين . فالحوالة عندهم تنقل التزام أداء الدين من ذمة إلى ذمة . والكفالة هي ضم ذمة إلى ذمة في المطالبة فقط . والتقاص هو إسقاط مالك من دين على غريمك في نظير ماله عليك[1] وهو إنما يمنع المطالبة عند الأحناف ولا يسقط الديون المتقابلة .

فلو أبرأ أحدهما الآخر بعد التقاص طولب بما للآخر عليه[2] وتأجيل الدين يحول دون المطالبة قبل حلول الأجل رغم قيام الدين .

١٠ — (ح) إمكان عدم وجود ملتزم له معين عند نشوء الالتزام :

(١) فقد قضى الفقهاء بصحة تنفيل الإمام في الجهاد حثاً منه للمجاهدين ، بقوله « من قتل قتيلا فله سلبه » . فهنا يستحق المجاهد أسلاب العدو الذي يقتله ولو لم يكن قد سمع إيجاب الإمام وقت التنفيل .

(٢) وأجاز الفقهاء الوعد بجائزة ، لمن يعثر على شيء مفقود للواعد ، ولو لم يكن الخطاب موجهاً إلى هذا الشخص الذي عثر على الشيء المفقود .

(٣) وأجازوا تمليك المجهول ، كما لو ألقى أحدهم دنانير ليلة الزفاف ، وقال : « من أخذه فهو له » ، فمن يلتقط هذه الدنانير يصبح مالكاً لها .

(٤) وأجاز الفقهاء ، الإقرار لمجهول جهالة غير فاحشة ، كما لو قال شخص لاثنين « إن لأحدكما على مبلغ كذا » وعندئذ ينصف بينهما إن اتفقا (م ١٥٧٨ مجلة) .

---

(١) راجع المقاصة في الفقه الإسلامي ، بحث مقارن للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٢ ، ص ٩ .

(٢) راجع المرجع السابق (ف ١٥٧ ، ص ١٤٥ — ص ١٤٦) ، حيث ينتقد المؤلف مسلك الأحناف إذ يقول : « والحق أن هذا الرأي رأي غريب لايتفق مع مايجرى عليه الناس في معاملاتهم ، ولامع مايفهمونه منها . فمن يؤدي دينه إلى غريمه أو يقاصه فيه ، لايفهم إلا أنه قام بما يلغي تبعته ، ويطهر ذمته . لأنه يسعى إلى دفع المطالبة وكفى .

وحقاً إن العين ليس كالدين ، ويفضله بأن الدين على خطر التوى والضياع ، ولكن هذا المعنى إنما يظهر في دين يبقى دائماً ، لافي دين ثابت يوفيه صاحبه بالعين ، فينقضي بحصول هذا الوفاء ، وإذا قلنا بأن الوفاء يثبت به دين في ذمة المستوفي ، ووجد إذ ذاك دينان متماثلان متلاقيان ، فلم لايسقط أصل الدين وتسقط المطالبة به وحدها ؟

الحق أن ما ذكره الحنفية في هذا الصدد لامقنع فيه ، وليس للقول بعدم سقوط الدين بالمقاصة وجه مقبول ، وهو قول تأباه العدالة . »

المبحث الثانى

النزعة الموضوعية فى التصرف القانونى

١١ — سنبحث أثر النزعة الموضوعية فى التصرف القانونى فى المواطن التالية :

(ا) تعريف العقد .

(ب) عيوب الإرادة .

(ح) عدم نيابة القبض الضعيف عن القبض القوى .

(ى) التعبير عن الإرادة .

١٢ — (ا) **تعريف العقد** : يعرف الفقهاء الإسلاميون العقد على أنه « ارتباط الإيجاب بالقبول على وجه يظهر أثره فى المعقود عليه » ، وإذا قابلنا هذا التعريف مع تعريف الفقه الغربى الذى يذهب إلى أن العقد « هو كل توافق إرادتين قصد به إحداث آثار قانونية » ، لاحظنا النزعة الموضوعية فى التعريف الأول ، والنزعة الذاتية فى التعريف الثانى . إن الشىء البارز فى التعريف الأول ليس هو اتجاه الإرادتين إلى إحداث الأثر ، وهذا هو المعنى البارز فى التعريف الثانى ، بل تحول المعقود عليه من حال إلى حال ، كصيرورة المبيع مثلا ملكا للمشترى بعد أن كان ملكا للبائع ؛ وفى هذا أثر من آثار النزعة المادية[1] .

ويشير الدكتور شفيق شحاته إلى هذا المعنى فى كتابه « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية » ص ١٢٣ / ١٢٤ فيقول : « وإذا رجعنا إلى التعريف الشائع فى كتب الفقه ، لا نتبين منه أن العقد مصدر من مصادر الالتزامات . فليس التعريف على أنه توافق إرادتين منشئ للالتزامات ، بل على أنه توافق إرادتين يظهر أثره فى المعقود عليه ، أى يؤدى إلى تحويل شىء من حال إلى حال ، وتعريفه بهذه الكيفية أثر من آثار النزعة الشيئية أو المادية فى الفقه الإسلامى ، وهذه النزعة

---

(١) مصادر الحق للسنهورى ، ج ١ ، ص ٧٧ . والنظرية العامة للالتزامات ـ للدكتور شفيق شحاته ، ف ١١٥ ، ص ١٢٣ .

جعلت الفقهاء ينظرون هنا إلى النتائج الأولى لانعقاد العقد ، وكثيراً ما يشبه هـذا التعريف ، التعريف الذى أورده بولوك للعقد فى الفقه الإنكليزى » .

هذا وقد أساء البعض فهم الملاحظة القيمة التى أشـار إليها الدكتور شحاته ، واستخلصوا منها أنه يقول بأن العقد ليس بمصدر للإلتزام . جاء فى رسالة الفسخ للدكتور الذنون ما يلى :

« ونحن لانقر الأستاذ على ملاحظته هـذه ، ونرى أنه وقف عند حرفية الألفاظ ، ولم ينفذ إلى ما ورائها من معنى حقيقى وتفسير صحيح ، وإن الحجة التى ساقها وتتلخص ، كما رأيت ، فى أن علماء الشريعة لم ينصوا صراحة على أن العقد توافق إرادتين منشئ للإلتزامات ، حجة لا يصح الاعتماد عليها للقول ، بأن العقد لم يكن عندهم مصدرا من مصادر الإلتزامات .

فقد نص علماء الشريعة الإسلامية صراحة ، على أن ركن العقد ودستوره هو « الرضا » عند ما قالوا بأن العقد « توافق إرادتين » ، ثم بينوا آثار العقد فى قولهم « يظهر أثره فى المعقود عليه » ، فليس كل اتفاق إرادتين عقدا بل لابد لتـكوينه من أن ينتج آثاره على محل يقبل تولد هذه الإلتزامات عليه ، وكيف ينتج العقد آثاره إن لم يتولد عنه التزامات على أحد المتعاقدين أو عليهما معاً ، وفضلا عن ذلك فإن علماء الشريعة نصوا صراحة على أن العقد سبب لحـكم شرعى ، فعقد البيع مثلا سبب للتمليك والتملك ، وعقد الإجارة سبب لتمليك المنفعة وتملك الأجرة ، وهكذا . . . وواضح جدا أن علماء الفقه الإسلامى أرادوا من لفظ « السبب » ما أراده علمـاء القانون الوضعى من لفظ « السبب المنشىء » أى المصدر أو الفعل القانونى الذى تولد عنه الإلتزام[1] » .

ويلاحظ أن هذا الإيراد الذى أورده الدكتور ذنون على ملاحظة الدكتور شحاته ليس فى محله ، فالواقع أن الدكتور شحاته لم يرد أن يقول إن العقد ليس مصدرا للإلتزام ، بل كل ما أراد أن يدلل عليه هو ، أن مصدرية العقد للإلتزام

(١) النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى والقانون المدنى للدكتور حسن على الذنون ص ٢٨.

لا تستنبط من نص تعريف العقد ، فالشيء الذى احتفل به التعريف ليس هو دور العقد فى إنشاء الإلتزام ، وهو الدور البارز فى ظل النزعة الذاتية ، بل دوره فى قلب المحل من حال إلى حال ، وهو الدور البارز فى ظل النزعة الموضوعية . ولقد أجهد صاحب الرسالة نفسه فى التدليل على أمر بديهى لا ينكره الدكتور شحاته بل لو تأمل عنوان الصفحة ١٢٣ التى أشار فيها الدكتور شحاته إلى تعريف العقد لوجدها معنونة ببحث مصادرالالتزام .

ويبدو أن الدكتور ذنون قد تراجع عن إيراده هذا فى مؤلف حديث له (محاضرات فى القانون المدنى العراقى — نظرية العقد ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية فى معهد الدراسات العربية العالية) فقد جاء فى الصفحة ٥/٦ من هذا المؤلف .

أما القانون المدنى العراقى فإنه يعرف العقد بأنه « إرتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره فى المعقود عليه (م ٧٣) وهذا التعريف مستمد من فقه الشريعة الإسلامية ومن مرشد الحيران بوجه خاص (م ٢٦٢) .

ويفهم من التعريف المتقدم . . .

(٢) أن المشرع العراقى يأخذ بالنزعة الموضوعية التى تسود الفقه الإسلامى دون النزعة الذاتية التى تسود الفقه اللاتينى ، فالعقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول لا من حيث أنه ينشئ التزامات شخصية فى جانب المتعاقدين ، وهذا هو المعنى البارز فى النزعة اللاتينية ، بل من حيث أنه يثبت أثره فى المعقود عليه أى يغير المحل من حالة إلى حالة وهنا تبرز النزعة الموضوعية » .

وهذا كما ترى من الدكتور ذنون رجوع إلى رأى الدكتور شفيق شحاته السابق .

١٣ — (ب) **عيوب الإرادة** : عيوب الإرادة فى الفقه الإسلامى هى : الغلط ، والتدليس والإكراه . ولقد كان للنزعة الموضوعية السائدة فى هذا الفقه أثر كبير فى مدى احتفاله بهذا العيب أو ذاك من هذه العيوب . فالغلط مثلا وهو شيء ذاتى لم يحظ فى الفقه الإسلامى بالمكان الأهم . بل استعصى عليه أن يجد له فيه مكاناً موحداً

يلم شعثه ، ويجمع شتاته « فانتشرت نظرية الغلط فى جوانبه متفرقة مبعثرة . فهنا خيار الوصف ، وهناك خيـار العيب ، ويتقدم ذلك خيار الرؤية . ويبدو لأول وهلة أن هذه مسائل مستقلة بعضها عن بعض ، وألا صلة فيما بينها ، مع أنها جميعاً تربطها أوثق الصلات بنظرية الغلط وهمّ الفقهاء فى كل ذلك منصرف إلى استقرار التعـامل وانضباطه بقدر ماهو متجه إلى احترام الإرادة الحقيقية للمتعاقدين فنظرية الغلط فى الفقه الاسلامى ، فوق أنها مبعثرة ، يتنازعها عاملان متعارضان : استقرار التعـامل واحترام الإرادة الحقيقية . ومن ثم كانت المعايير السائدة فيها هى معايير موضوعية ، يجرى فى خلالها تيار الإرادة الحقيقية يشق طريقه وسط هذه المعايير[1] » .

على أن الفقهاء المسلمين إذا دعتهم نزعتهم الموضوعية إلى إحلال عيب الغلط المكان الثانى من اهتمامهم فهذه النزعة نفسها قد دعتهم إلى إحلال عيب الإكراه المكان الأول من هذا الاهتمام « ذلك بأن الإكراه أقرب عيوب الإرادة إلى الموضوعية وأبعدها عن الذاتية ، بسبب مايتصل به من وسائل العنف ، التى هى أكثر ما تـكون وسائل مادية ظاهرة ، وليست وسائل معنوية خفية[2] » « ويلاحظ أن عيوب الإرادة — الغلط ، والتدليس ، والإكراه — تتدرج صاعدة من الذاتية إلى الموضوعية . فالغلط هو أشد هذه العيوب ذاتية ، لأنه وهم يقوم بالنفس . . ثم يليه التدليس ، فهو وهم يقوم بالنفس كالغلط ، ولـكن يصاحبه طرق احتيالية خارجية . وهذا مايجعل التدليس يتدرج بقدر معين من الذاتيـة إلى الموضوعية . ويلى التدليس فى التدرج الإكراه فهو رهبة تقوم بالنفس ، ولـكن مصدر هذه الرهبة يكون فى العادة شيئاً مادياً ، فيسير الإكراه بذلك خطوة أبعـد من التدليس نحو الموضوعية . والفقه الاسلامى — ونزعته موضوعية كما قدمنا — يعتد بهذه العيوب جميعاً ولـكن بترتيب عكسى . فأكثر ما يعتد به الإكراه ، حتى عقد له باباً قائماً بذاته يتميز به عن سائر الموضوعات . ويعتد بعد الإكراه بالتدليس ، فالتدليس له قوام فى الفقـه الإسلامى ، بل هو معروف فى بعض المذاهب بهذا الاسم بالذات . والغلط هو فى

(١) مصادر الحق ، ج ٢ ، ص ١١١ .
(٢) نفس المرجع ، ص ١٩٨ .

الفقه الاسلامى أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية[1]» .

١٤ — **(حـ) عدم نيابة قبض ضعيف عن قبض قوى** : تبدو النزعة المادية فى الفقه الاسلامى أيضاً ، فى إلزام البائع أحياناً بتجديد تسليم المبيع إلى المشترى ، ولو كان هذا الأخير متسلماً للمبيع بموجب قبض سابق . ولبيان هذه الناحية لابد لنا من بيان أنواع القبض فى الفقه الإسلامى أولا ، ومدى حلول أحد القبضين محل الآخر ثانياً .

أنواع القبض : فى الفقه الاسلامى نوعان من القبض : قبض ضمان ، وقبض أمانة . أما قبض الضمان ، فهو الذى يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه فيما لو هلك عنده ولو بآفة سماوية ، كالمغصوب فى يد الغاصب ، والمبيع فى يد المشترى .

أما قبض الأمانة ، فهو الذى لا يكون فيه القابض ضامناً لما قبضه إلا فى حالة التعدى أو التقصير فى الحفظ ، كالعارية فى يد المستعير ، والوديعة فى يد الوديع ، والمأجور فى يد المستأجر ، ومال الشركة فى يد الشريك .

وهذان النوعان ليسا على درجة واحدة من القوة ، فالأول منهما وهو قبض الضمان قبض قوى ، أما الثانى وهو قبض الأمانة قبض ضعيف .

والقاعدة ، أن القبض القوى السابق ينوب محل قبض ضعيف أو قوى لاحق ، أما القبض الضعيف السابق فلا ينوب إلا محل قبض ضعيف لاحق . وبعبارة أخرى إن القبض السابق ينوب عن القبض الواجب إذا كانا متجانسين فى القوة والضعف أو كان السابق أقوى . فقبض الضمان ينوب عن قبض الضمان وقبض الأمانة ، أما قبض الأمانة فلا ينوب عن قبض الضمان ، وإنما ينوب عن مثيله فى الضعف وهو قبض الأمانة .

فلو غصب شخص كتاباً من آخر ، ثم فكر فى شرائه من المغصوب منه ، فليس يلزم هذا الأخير أن يسلم الكتاب ، ما دام الغاصب قد قبضه قبض ضمان ، لأن هذا القبض ، وهو قبض قوى يحل محل القبض الواجب .

---

(١) مصادر الحق ، جـ ٢ ، ص ١١٢ .

أما لو كان هذا الكتاب موجوداً عند الراغب فى شرائه على سبيل العارية ، ثم أقدم المستعير على شرائه ، فالمعير هنا وهو الذى أصبح بائماً يلزم بتجديد التسليم إلى المشترى (المستعير السابق) ؛ لأن قبض المستعير السابق هو قبض أمانة وهو قبض ضعيف ، لا يستطيع أن ينوب محل القبض الواجب بالشراء وهو قبض قوى .

وقد أشارت إلى هذا المادة /٣٤٥/ من مرشد الحيران ، حيث نصت على أنه :

« إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع ، بغصب أو بعقد فاسد ، فاشتراها من المالك ينوب القبض الأول عن الثانى .

وإذا كان المبيع فى يد المشترى عارية أو وديعة أو رهناً ، فلا يصير قابضاً بمجرد العقد إلا أن يكون المبيع بحضرته أو يذهب إليه حتى يتمكن من قبضه » .

وقد أغفل القانون العراقى فى المادة /٥٣٩/ الأخذ بهذه التفرقة بين نوعى الضمان فاعتبرها على قدم المساواة، جاء فى هذه المادة :

« إذا كانت العين المبيعة موجودة تحت يد المشترى قبل البيع فاشتراها من المالك فلا حاجة إلى قبض جديد سواء كانت يد المشترى قبل البيع يد ضمان أو يد أمانة [1] » .

١٥ — (د) **التعبير عن الإرادة** : تبرز النزعة الموضوعية بوضوح فى مجال التعبير عن الإرادة . ولعل ركنية هذا التعبير فى التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى هى التى دعتنا إلى تخصيص أبحاثنا القادمة كلها لبيان أثر النزعة الموضوعية فى التعبير عن الإرادة . وسيتضح لنا هذا الأثر بوجه خاص خلال دراستنا لنظرية الإرادة الظاهرة ونظرية السبب ونظرية الجملية .

---

(١) وكان هذا التسليم القانونى معروفاً لدى الرومان بـ « التسليم باليد القصيرة Traditio brevi manu » ، وهو تسليم يتم بمجرد تغيير النية ، دون حاجة إلى انتقال الشىء مادياً ؛ كما إذا كان الشىء المبيع موجوداً من قبل فى حيازة المشترى على سبيل الإيجار أو العارية (انظر عقد البيع للدكتور عبد المنعم البدراوى ، ف ٢٣٣ ، ص ١٥٧) .

المبحث الثالث

النزعة الموضوعية فى الواقعة القانونية

الفرع الأول

النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل الضار

١٦ – ونبحث فيما يلى أثر النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل الضار من النواحى الآتية:

(ا) ركن التعدى . (ب) معايير التعسف . (حـ) رابطة السببية .
(ى) تقدير التعويض . (هـ) الضرر الأدبى . (و) تقويم المنافع .
(ز) الشروع فى الفعل الضار . (ح) مسئولية عديم التمييز .

١٧ – (ا) ركن التعدى : الأفعال الضارة التى تقع على المال ، إما أن تقع عن طريق الغصب أو الإتلاف . وعرف الغصب بأنه إزالة يد محقة وإثبات يد مبطلة . أما الإتلاف ، فهو إخراج الشىء عن أن يكون منتفعاً به منفعة مطلوبة عادة .

والإتلاف يكون مباشرة أو تسبباً ، فالإتلاف مباشرة : هو إتلاف الشىء بالذات من غير أن يتخلل بين فعل المباشر والتلف فعل آخر[١] والإتلاف تسبباً : يكون بعمل يقع على شىء فيفضى إلى تلف آخر[٢] ، فمن قطع حبل قنديل معلق ، فسقط القنديل على الأرض وانكسر ، يكون قد أتلف الحبل مباشرة ، وكسر القنديل تسبباً .

والقاعدة أن المباشر ضامن وإن لم يتعمد ، والمتسبب لا يضمن إلا إذا كان متعمداً أو متعدياً[٣] فإذا انقلب نائم على متاع وكسره وجب عليه الضمان لأن فعل المسئول هنا اتصل اتصالا مباشراً بمال المضرور . ولو حفر إنسان بئراً فى غير ملكه فوقع فيه إنسان ضمن الحافر لأنه متعد[٤] . ويبين من ذلك أن الفقهاء لم يشترطوا لإيجاب الضمان خطأ الفاعل بالمعنى القانونى ، الذى يقصد به الإخلال بواجب قانونى على قصد

---

(١) م ٨٨٧ مجلة (٢) م ٨٨٨ مجلة (٣) مجلة م٩٢ و م٩١٢ .
(٤) مجمع الضمانات ص ١٦٥ .

الإضرار ، أو على الأقل على إمكان توقع حدوث الضرر منه ؛ بل اكتفوا بمباشرة الفعل الضار ، أوبالتعدي في حالة التسبب : والأول في نظرهم ، عمل غير مشروع بصرف النظر عن الحالة النفسية للمباشر . والثاني : يتحقق فيه العمل غير المشروع بمجرد ارتكاب الفعل الضار دون حق بقطع النظر عن الحالة النفسية للمتسبب ، ومن وقوع إهمال أو عدم تبصر منه أو عدم وقوعها .

غير أن فكرة التعدي ما لبثت أن تطورت ، فلم تقتصر على الخروج عن حدود الحق بل شملت عدم التبصر ، والإهمال ، والتعسف في استعمال الحق ، فقيدت السلطة التي يخولها الحق صاحبه بواجبات ، تفرض عليه عند استعمال هذه السلطة ، التبصر والاحتياط لعدم المساس بحقوق الغير ، والابتعاد عن قصد الإضرار ؛ وكان تقرير هذه الواجبات داعيا للبحث عن تمييز المسئول وحرصه وتبصره وهي عوامل ذاتية ، تقتضي تقديراً ذاتياً ، بعد أن كان تقديره موضوعياً يقاس بمجرد الخروج عن عن حدود الحق[1]. وبذلك اقتربت فكرة التعدي في الفقه الإسلامي من فكرة الخطأ التي جعلتها القوانين الوضعية أساساً للمسئولية[2] على أن الفقه الإسلامي ، فيما نرى ، لم يخرج في هذا الاقتراب عن نزعته الموضوعية الأصيلة بل جنح في هذا الاقتراب إلى التلطيف من هذه النزعة فلم يعد يقتصر في تقديره للتعدي على الخروج عن حدود الحق بل وأصبح يعتبر التعدي متحققاً في الحالات التي يخرج فيها المسئول عن مسلك الرجل المعتاد ولو لم يخرج عن حدود حقه وهذا الضابط الأخير هو بدوره ضابط مادي تعتد به القوانين الحديثة .

١٨ — (ا) **معيار التعدي** : إن معايير الشريعة الإسلامية في نظرية الفعل الضار هي معايير موضوعية والضابط فيها هو سلوك الرجل العادي الذي يمثل جمهور الناس . فهي تنظر إلى المألوف من سلوك هذا الشخص الوسطي وتقيس عليه سلوك الشخص الذي نسب إليه التعدي ، فإن كان هذا لم ينحرف في سلوكه عن المألوف من سلوك الشخص العادي فقد اعتبر غير متعمد وانتفى عنه الضمان ، أما إذا انحرف عن هذا السلوك فقد لزمه

(١) تقرير الأستاذ إميل تيان إلى المؤتمر الدولي للقانون المقارن سنة ١٩٣٧ ص ١٠ .
(٢) الدكتور سليمان مرقس المسئولية المدنية في تقنينات البلاد العربية ، ص ٢٥ .

الضمان واعتبر متعدياً . وإليك صور ذكرها العز بن عبد السلام اعتبر فيها المتسبب غير ضامن لأنه لم يجاوز المألوف من سلوك الناس .

« إذا أوقد في داره ناراً على الاقتصاد المعتاد،فطار منها شرر فأتلف شيئاً بالإحراق فإنه لا يضمن . .

« إذا سقى بستانه على الإقتصاد في مثله ، فسرى إلى جاره فأفسد له شيئاً فلا ضمان عليه .

إذا ساق دابته على الاقتصاد في الأسواق ، فأثارت غباراً أو شيئاً من الأوحال والأنداء ، فأفسد ذلك شيئاً ، فلا ضمان ، إلا أن يزيد على الإقتصاد في السوق ، ولو ساق في الأسواق إبلا غير مقطورة ، أو ركب دابة نزقه لا يؤثر فيها كبح اللجام ، لزمه الضمان لخروجه عن المعتاد[1] .

١٩ — (ب) **معايير التعسف في استعمال الحق** :أقرت الشريعة الإسلامية نظرية التعسف في استعمال الحق بوصفها نظرية عامة ، وعنى الفقه الإسلامى بصياغتها ، صياغة تضارع ، إن لم تفق في دقتها وإحكامها ، أحدث ما أسفرت عنه مذاهب المحدثين من فقهاء الغرب . ولقد دعت هذه العناية واضع القانون المدنى السورى (وأصله المصرى) إلى استمداد معايير التعسف الثلاثة التى اشتمل عليها نص المادة الخامسة من الفقه الإسلامى . « وأول هذه المعايير ، هو معيار استعمال الحق دون أن يقصد من ذلك سوى الإضرار بالغير ؛ وهذا معيار ذاتى ، استقر الفقه الإسلامى على الأخذ به . .

والمعيار الثانى قوامه : تعارض استعمال الحق مع مصلحة عامة جوهرية ، وهذا معيار مادى : استقاه المشرع من الفقه الإسلامى وقننته المجلة من قبل ، إذ نصت في المادة ٢٦ على أن الضرر الخاص يتحمل لدفع ضرر عام .

أما المعيار الثالث ، فتندرج تحته حالات ثلاث :

(ا) الأولى : حالة استعمال الحق ، استعمالا يرمى إلى تحقيق مصلحة غير مشروعة وإذا كان المعيار في هذه الحالة مادياً في ظاهره ، إلا أن النية كثيراً ما تكون العلة

---

(١) قواعد الأحكام للعز بن عبد السلام ، ج ٢ ، ص ١٦٥ ، س ٣٣ .

الأساسية لنفى صفة الشروعية عن المصلحة . وأحكام الشريعة الإسلامية فى هذا الصدد تتفق مع ما استقر عليه الرأى فى التقنينات الحديثة . . .

(ب) والثانية : حالة استعمال الحق ، إبتغاء تحقيق مصلحة قليلة الأهمية ، لا تتناسب معما يصيب الغير من ضرر بسببها ، والمعيار فى هذه الحالة مادى ، ولكنه كثيراً ما يتخذ قرينة على توافر نية الإضرار بالغير ، ويساير الفقه الإسلامى فى أخذه بهذا المعيار اتجاه الفقه والقضاء . . .

(حـ) والثالثة : حالة استعمال الحق ، استعمالا من شأنه أن يعطل استعمال حقوق تتعارض معه تعطيلا يحول دون استعمالها على الوجه المألوف ، والمعيار فى هذه الحالة مادى ، وإذا كان الفقه الغربى لا يؤكد استقلال هذا المعيار إذ يلحقه بمعيار انتفاء صفة المشروعية عن المصلحة ، أو يجعل منه صورة لمجاوزة حدود الحق يطلق عليه إسم الإفراط ، إلا أن الفقه الإسلامى يخصه بكيان مستقل[1] . »

٢٠ — رابطة السببية : نظر الفقه الإسلامى إلى رابطة السببية بين الخطأ والضرر نظرة مادية بحتة . فهو قد اشترط فى الإتلاف بالمباشرة ، الإتصال المادى المباشر بشخص المضرور أو ماله . وفى الإتلاف بالتسبب ، اكتفى الفقه الإسلامى بوجود التعدى بقطع النظر عن عنصر الخطأ . وقرر الفقه تحميل المباشر المسئولية دون المتسبب عند اجتماعهما فإذا ما اجتمع المباشر والمتسبب ، يضاف الحكم إلى المباشر والعلة فى ذلك أن السبب القريب يجب السبب البعيد ولا ضمان على المتسبب .

على أن هذه النظرية المادية لرابطة السببية ، قد طرأ عليها تطور كبير خفف من حدتها ، وأدخل عليها الكثير من المرونة .

فقد قرر الفقهاء أن المتسبب لا يضمن على المباشر عند اجتماعهما ، إذا كان السبب لا يفضى إلا الإتلاف عند انفراده . أما إذا أفضى إلى الإتلاف عند انفراده ، فيشترك عندها المتسبب والمباشر فى تحمل المسئولية[2] .

---

(١) الأعمال التحضيرية جـ ١ ، ص ٢٠٩ — ٢١٠ .
(٢) الرد ، جـ ٥ ، ص ٥٣١ (تقرير السنهورى ص ٢٤) .

كما لو قاد شخص ، دراجة نارية يركبها آخر ، فتدهس ثالثاً ، فالضمان على الراكب باعتباره مباشراً ، وعلى القائد باعتبار أن فعله مما يعمل بانفراده فى إحداث الضرر .

ثم قرروا نقل الضمان من السبب القريب إلى السبب البعيد ، إذا وجد ما يسوغ إهدار السبب القريب . لصدوره عن غير وعى ، أو تحت ضغط قوة قاهرة ، أو جهالة شخص المتسبب القريب . فلو تزاحم الناس فى طريق عام وأدى تزاحمهم إلى سقوط أحدهم فى بئر حفرت فيه ، فأدى سقوطه إلى قتل آخر كان موجوداً بها ، فالساقط هنا مباشر ، ولكن لأنه دفع إلى البئر مكرها طائعاً أهدر سقوطه ، وترتب الضمان على الدافع إذا أمكن تعيينه ، وإلا فعلى الحافر .

وكذا لو حفر بئراً فى الطريق العام ، فوضع مجهول حجراً على حافة البئر ، فعثر به ثالث وسقط فى البئر فمات ، كان ضمانه على الحافر عند تعذر تعيين واضع الحجر[1]

٢١ — (د) **تقدير التعويض** : يقصد بالتعويض فى الفقه الإسلامى إزالة الخلل الذى أصاب تعادل الثروة بين المسئول والمضرور ، فيلزم الأول بأن يعيد إلى الثانى ما أفقده . وتقدر قيمة الشىء التالف على أساس مادى ، فلا يعوض المسئول على المضرور جميع ما ترتب على التلف من الضرر بل يعوض فقط ما يساوى الشىء التالف وقت وقوع الضرر .

٢٢ — (هـ) **الضرر الأدبى** : لا يعتبر الضرر الأدبى ضرراً لأنه غير متقوم فلو شتم إنسان آخر لا يكون لهذا الأخير حق فى طلب تعويض من الشاتم وأن كان له الحق فى طلب معاقبته[2] .

٢٣ — (و) **تقويم المنافع** : إن المنافع عند الأحناف هى من حيث المبدأ غير متقومة لأنها غير مضمونة إلا عند وجود عقد أو شبه عقد فالغاصب عندهم

---

(١) مجمع الضمانات ، ص ١٨٠ . المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقص ، ص ١٦٧ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٨، ص ٣٤٠ المبسوط ، ج ٢٦ ص ٨١ . مجمع الضمانات ، ص ١٦٦ . تقرير تيان لمؤتمر القانون المقارن سنة ١٩٣٧ ، ص ٨ . محاضرات فى المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية للدكتور سليمان مرقص سنة ١٩٥٨ ، ص ٤٩ .

لا يضمن منافع الشيء المغصوب لأن المنافع ليست متقومه بذاتها ، أى أنها لا تعد مالا متقوماً . وقد ذهب مالك إلى الضمان إذا تبين أن الغاصب انتفع بالمغصوب أما الشافعي فقد قال بالضمان فى جميع الأحوال[1] .

٢٤ — (ز) الشروع في العمل غير المشروع : ليس يعول الفقهاء الأحناف فى حالة الشروع فى الفعل الضار على نية المسئول فى الإضرار فهم يصرحون بأن « نية الاتلاف ليس بإتلاف » بينما يذهب الشافعية إلى افتراض نية الأضرار لدى المسئول ويلزمونه بالضمان. جاء فى البدائع : « ولو أخذ بعض دراهم الوديعة لينفقها ، فلم ينفقها ثم ردها إلى موضعها بعد أيام ، فضاعت ، لا ضمان عليه عندنا ، وعند الشافعى رحمه الله يضمن ؛ وجه قوله أنه أخذها على وجه التعدى ، فيضمن ، كما لو انتفع بها . ولنا ، أن نفس الأخذ ليس بإتلاف ، ونية الاتلاف ليس باتلاف ، فلا توجب الضمان ، والأصل فيه ما روى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال : « إن الله تبارك وتعالى عز شأنه عفا عن أمتى ماحدثت به أنفسها مالم يتكلموا أو يفعلوا »[2] .

٢٥ — (ح) مسؤلية عديم التمييز : يبنى الفقه الإسلامى المسئولية التقصيرية أحياناً ، على تحمل التبعة لا على الخطأ . فغير المميز مسئول . وتقوم المسئولية عنده على ركن التعدى فحسب ، جاء فى المجلة « وإذا أتلف صبى مال غيره فيلزم الضمان من ماله (م ٩١٦) » . وجاء فى الفتاوي الهندية : « حتى أن طفلاً يوم ولد لو انقلب على مال إنسان فأتلفه يلزم الضمان » . « ومن المقررات الشرعية أن فاقدى الأهلية يعدون مسئولين فى أموالهم ، وإن كانوا غير محاسبين على أقوالهم ، وتصرفاتهم القولية ملغاة لا اعتبار لها[3] » . [4] .

---

(١) المحمصانى ، النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، ج ١ ، ص ١٦٣ .
(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢١٣ ، س ٢٥ .
(٣) الجريمة والعقوبة فى الفقه الاسلامى للاستاذ محمد أبو زهرة ، ف ١٤٤ ، ص ١٤٥ .
(٤) وفى نطاق العقوبات تبدو النزعة الموضوعية لدى الأحناف بوجه خاص فى تحديدهم للعمدية فى القتل فهم لا يكلفون القاضى مشقه البحث فى نفسيه المجرم عن سابق تصور الجريمة وتصميمها ، بل يلجأون إلى آلة القتل نفسها . ويستخلصون منها هذا التصميم ، فإن كانت هذه الآلة محددة تفرق الاجزاء ، كالسلاح أو ما يعمل فى تفريق الاجزاء كالنار ، اعتبروا القتل بهذه الآلات موجباً =

الفرع الثانى

النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل النافع

٢٦ — **عدم الاحتفال بحسن النية وسوئها** : إن الفقه الإسلامى قلما يعتد بسوء النية ، فهو لا يكلف نفسه عناء البحث عن هذا العنصر الذاتى باعتباره تشريعاً ذا نزعة موضوعية .

(أ) فى حالة بناء المشترى فى الأرض المشفوع فيها ،لا نجد لدى الفقهاء تفصيلا عند بحثهم فى أمر القلع ودفع قيمة البناء ، بين حالتى البناء بحسن نية ، والبناء بسوء نية . فأبو يوسف يذهب إلى افتراض حسن نية البانى فلا يكلفه بالقلع « لأنه محق فى البناء لأنه بناه على أن الدار ملكه » ويذهب أبوحنيفة إلى افتراض سوء نية المشترى فيكلفه بالقلع « لأنه بنى فى محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق [(١)] » .

(ب) وفى حالة الغصب لا يفرقون بين البانى حسن النية والبانى سيء النية .

« ومن غصب أرضاً فغرس فيها أو بنى قيل له : إقلع البناء أو الغرس وردها فإن كانت الأرض تنقص بقلع ذلك فللمالك أن يضمن له قيمة البناء أو الغرس مقلوعاً ويكونان له [(٢)] . » .

وعند هلاك المغصوب لا يفرقون أيضاً بين الغاصب حسن النية والغاصب سيء النية ، فى الحالين يوجبون الضمان ، ويتركون أمر سوء النية إلى المؤيد الأخروى .

= للقود ، ويوجه الأحناف رأيهم بقولهم : « إن القود لا يكون باتفاق إلا بالقتل العمد ، والعمدية أمر خفى ، لا يعرف بنفسه ، وإنما يعرف بآلة الضرب ، وليس هناك من آلة تقطع حبل الشك فى تعمد القتل إلا الحديد ، وما يجرى مجراه (فقه القرآن والسنة للاستاذ محمود شلتوت ، ص ١٥٧) . » أما جمهور الفقهاء فقد ركنوا إلى معيار ذاتى فى تحديدهم للعمدية معولين فى ذلك على قصد المجرم وسواء أ كان بعد ذلك ما استعمله محدداً أو غير محدد .

(١) الهداية على الفتح ج ٧ ، ص ٤٣٠ ،قارن مع المادة ٩٤٦ من القانون المدنى المصرى .

(٢) المرجع السابق ص ٣٨٣ ـ ٣٨٤ .

جاء فى الهداية : « ثم إن كان [الغصب] مع العلم ، فحكمة المأثم والمغرم . وإن كان بدونه فالضمان ؛ لأنه حق العبد ، فلا يتوقف على قصده ، ولا إثم ، لأن الخطأ موضوع [1] » .

(١) المرجع السابق ٥ص ٣٦٣ . قارن مع المادتين ٩٢٣ و ٩٢٤ من القانون المدنى المصرى ، والمادتين ٨٨٩ و ٨٩٠ من القانون المدنى السورى حيث يختلف الحكم حسب نية البانى أو الغارس .

الفصل الثانى

أثر النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى

على التقنين المدنى السورى

٢٧ — تناول الدكتور السنهورى فى صدد بحثه عن استمداد التقنين المدنى المصرى الجديد (أصل القانون المدنى السورى) من الفقه الإسلامى ، انحياز هذا التقنين إلى النزعة الموضوعية التى أخذ بها الفقه الإسلامى .

جاء فى الوسيط : « فمن المبادىء العامة التى أخذ بها التقنين الجديد ؛ النزعة الموضوعية التى نراها تتخلل كثيراً من نصوصه . وهذه هى نزعة الفقه الإسلامى والقوانين الجرمانية ، آثرها التقنين الجديد على النزعة الذاتية التى هى طابع القوانين اللاتينية ، وجعل الفقه الإسلامى عمدته فى الترجيح .

ومن هذه المبادىء أيضاً نظرية التعسف فى استعمال الحق . لم يأخذها التقنين الجديد عن القوانين الغربية فحسب ، بل استمدها كذلك من أحكام الفقه الاسلامى ولم يقتصر فيها على المعيار الشخصى ، الذى استقرت عليه أكثر القوانين ، بل ضم إليها معياراً موضوعياً فى الفقه الإسلامى ، يقيد استعمال الحق بالمصالح المشروعة ، ويتوقى الضرر الجسيم الذى قد يصيب الغير من استعماله .

وكذلك الأمر فى حوالة الدين ، أغفلتها القوانين اللاتينية ، ونظمتها القوانين الجرمانية متفقة فى ذلك مع الفقه الإسلامى ، فأخذ بها التقنين الجديد .

ومبدأ الحوادث الطارئة أخذ به بعض التقنينات الحديثة فرجح التقنين الجديد الأخذ به استناداً إلى نظرية الضرورة ونظرية العذر فى الفقه الإسلامى [1] . » .

---

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧ .

وجاء فى المذكرة التحضيرية للقانون المدنى الجديد « الشريعة الاسلامية : وقد استمد المشروع كثيراً من نظرياتها العامة ، وكثيراً من أحكامها التفصيلية ، فمن أهم ما اقتبسه من النظريات العامة ، النزعة المادية أو الموضوعية التى تميز الفقه الإسلامى ، ونظرية التعسف فى استعمال الحق ، ومسئولية عديم التمييز وحوالة الدين ومبدأ الحوادث غير المتوقعة .[1] . » .

٢٨ — وقد قلل البعض من قيمة هذا الاستمداد ، زاعمين أن مصدر النزعة الموضوعية ، السائدة فى القانون المدنى المصرى ، هو التشاريع الجرمانية لا الشريعة الإسلامية .

جاء فى بحث للدكتور أحمد شيتى قدمه إلى معهد القانون الدولى المقارن ، عن تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد ، ما يلى :

« والحق . أنه رغم ما جاء فى المذكرة الإيضاحية ، فإن استمداد القانون المدنى الجديد من الفقه الاسلامي هو محدود جدا ، ولئن صح القول بأن الفقه الاسلامي متفق مع القانون الجرماني من حيث النزعة الموضوعية ، ففي وسعنا القول إن النصوص التي طبقت هذه النزعة استمدت من التشريع الجرماني . وسيجد القاضي نفسه مضطرا عند تفسير هذه النصوص الى الرجوع الى هذه التشريعات الجرمانية لا الى الفقه الاسلامي (2) » .

٢٩ — والواقع أن الدكتور شيتى قد غالى فى إبعاد القانون المدنى الجديد عن الاستمداد من الفقه الإسلامى . ولئن كنا نتفق معه فى الرجوع إلى التشريع الجرمانى فى المواد التي استمدت بكاملها أو معظمها من هذا التشريع ، كنظرية الظروف الطارئة[3] ؛ فلسنا نتفق معه فى الرجوع إلى هذا التشريع فى تفسير ما استمد من الفقه الإسلامى ، كضوابط التعسف فى استعمال الحق التى كان للفقه الاسلامى فيها أثر بيّن[4]

---

(١) المذكرة التحضيرية ، الباب التمهيدى ، ص ٣٠ .

(٢) راجع مجلة القانون والاقتصاد ، سنة ١٩ ، عدد ١ ، آذار ١٩٤٩ ، (القسم الفرنسى)

(٣) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤١٩ ، ف ٦٤١ .

(٤) الوسيط ، ج ١ ، ص ٨٤٨ ، ف ٥٦٣ .

القسم الأول

دور التعبير عن الارادة
فى
تكوين التصرف القانونى
فى
الفقه الإسلامى

تمهيد

التصرف القانونى والواقعة القانونية

فى الفقه الإسلامى

٣٠ — للحق فى الفقه الإسلامى مصدران :

« أحدهما : الإلتزام أو العقد بمعناه العام . وذلك كالبيع ، والهبة ، والوقف والإباحة . . .

وثانيهما : أحداث واقعة وصفات قائمة ، جعلها الشارع أسباباً لحقوق ، تترتب عليها ، كالإستيلاء ، والغصب ، والولادة ، والوفاة ، والجوار ، والشركة ، والصغر ، والبلوغ ، وما إلى ذلك . [١] »

٣١ — وهذا التقسيم ، الذى ينتظم مصادر الحق فى الفقه الإسلامى ، يطابقه تقسيم مصادر الحق فى الفقه الغربى الحديث ، إلى تصرفات قانونية ووقائع قانونية [٢] .

والتصرف القانونى هو إرادة محضة تتجه إلى إحداث أثر قانونى معين ، يرتبه القانون

---

(١) الحق والذمة ، للاستاذ على الخفيف ، ص ٢٠٤ .

(٢) ويلاحظ أن الفقه الفرنسى القديم كان يقسم مصادر الالتزام إلى خمسة مصادر : العقد ، وشبه العقد ، والجريمة ، وشبه الجريمة ، والقانون . ويرى أستاذنا السنهورى ، أن الفقه الإسلامى هو أكثر مطاوعة للتقسيم الثنائى الحديث من الفقه الفرنسى لسببين :

(السبب الأول) أنه لا يحجب وحدة التصرف القانونى بالقدر الذى يحجبهما الفقه الفرنسى . فهو من ناحيه لا يفصل بين العقد والإرادة المنفردة فصلا حاداً كما يفعل الفقه الفرنسى ، بل كثيراً ما يقع الخلاف فيما إذا كان تصرف معين يتم بالإيجاب والقبول ، أو يتم بالإيجاب وحده ، ويبقى التصرف موصوفاً بأنه عقد فى الحالتين .

و (السبب الثانى) أنه وإن كان قد نثر الوقائع القانونية متفرقه بين مصادر الحق الشخصى ومصادر الحق العينى ، إلا أنه لم يبوب هذه الوقائع تبويباً يعزل بعضها عن بعض كما فعل الفقه الفرنسى . فلا تستعصى هذه الوقائع على تبويب شامل يردها جميعا إلى الواقعة القانونية ، وليس يوجد فى الفقه الإسلامى تبويبات أخرى تتعارض مع هذا التبويب . (راجع مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٦٧ — ٦٨) .

كالبيع والوصية. والواقعة القانونية هي عمل مادي، يقع باختيار الإنسان أو بغير اختياره، ويرتب القانون عليه أثراً قانونياً معيناً . ومثل الواقعة الاختيارية العمل غير المشروع والحيازة . ومثل الواقعة غير الاختيارية الميلاد والموت .

٣٢ — وخير تعريف للتصرف القانوني في الفقه الإسلامي هو التعريف الذي أورده أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة ، فقد جاء في هذا التعريف بأن التصرف الشرعي هو « كل ما يكون من تصرفات الشخص القولية ، ويرتب عليه الشارع أثراً شرعياً في المستقبل[1] . » ويمتاز هذا التعريف بإبرازه لدور الشارع في ترتيب آثار التصرف القانوني في الفقه الإسلامي[2] أما الواقعة القانونية في الفقه الإسلامي فنستطيع أن نطلق عليها نفس التعريف الوارد في الفقه الغربي فهي « كل عمل مادي رتب الشرع عليه أثراً شرعياً معيناً » .

على أننا إذا رجعنا إلى كتب الفقه الإسلامي لا نجد فيه تبويباً لمصادر الحق، كالتبويب الثنائي الحديث الذي أشرنا إليه في الفقه الغربي ؛ وإنما نجد فيه تبويباً ثنائياً آخر ، يقسم التصرفات إلى تصرفات قولية وتصرفات فعلية[3] فهل ثمة من صلة بين هذين التقسيمين ؟ وما هو مدى هذه الصلة ؟

٣٣ — (١) يذهب أستاذنا الجليل الدكتور السنهوري ، إلى أن ثمة ما يشبه الترادف بين اصطلاحي التصرف القانوني والتصرف القولي ، وكذلك الحال بين اصطلاحي الواقعة القانونية والتصرف الفعلي .

جاء في مصادر الحق : « ومما يجعل التمييز بين التصرف القانوني والواقعة القانونية تمييزاً مقبولا في الفقه الإسلامي ، أن الفقهاء يميزون في كثير من المناسبات بين

---

(١) الملكية ونظرية العقد ، للاستاذ محمد أبو زهرة ، ف ١٠١ — ١٠٢ .

(٢) راجع نظرية جعلية آثار التصرف القانوني في الفقه الإسلامي في القسم الثاني من هذه الرسالة .

(٣) جاء في لسان العرب ، ج ١١ ، ص ٩٢ ، س ٩ . المتصرف في الأمور المجرب لها . قال سويد بن أبي كاهل اليشكري .

ولساناً صيرفياً صارماً كحسام السيف مامس قطع

والصرف التقلب والحيلة يقال : فلان يصرف ويتصرف ويصطرف لعياله ، أي يكتسب لهم . الصرف الحيلة ومنه التصرف في الأمور .

وقال يونس : الصرف الحيلة ، ومنه قيل فلان يتصرف أي يحتال قال الله تعالى : « لا يستطيعون صرفاً ولا نصراً » .

التصرفات القولية (وهذه هى التصرفات القانونية) . والتصرفات الفعلية (وهذه هى الوقائع القانونية)[1] » .

وجاء أيضاً : « والفرق بين الإكراه الملجيء والإكراه غير الملجيء أن الأول، وهو أشد جسامة من الثانى ، يؤثر فى التصرفات القولية والتصرفات الفعلية جميعاً أى فى التصرفات القانونية والوقائع المادية [2] . »

وجاء أيضا: « والمذهب الحنفى... أكثر المذاهب عناية بتقرير مسائل الإكراه... فلا يجعلها تتصل بعقد أو تصرف بالذات ، ولكن يتناول بها جميع التصرفات ، لا التصرفات القولية فحسب بل والتصرفات الفعلية أيضاً ، أى يعممها فتشمل جميع مصادر الحقوق من تصرفات قانونية ووقائع مادية [3] . »

على أن هذه المطابقة ، التى ذهب اليها أستاذنا السنهورى ، إن قامت بين التصرف القولى والتصرف القانونى ؛ فهى غير قائمة ، فيما نرى ، بين التصرف الفعلى والواقعة القانونية ، ذلك :

(ا) أن الواقعة القانونية ، كما رأينا ، تتضمن واقعة الميلاد والوفاة ولم يقل أحد من الفقهاء المسلمين ، أن واقعة الميلاد أو الوفاة أو واقعة الجوار أو القرابة هى من التصرفات الفعلية ، فهذه كلها أوصاف شرعية مجردة .

(ب) وعدا ذلك ، فإن لفظ « التصرف » يطلق فى الفقه الإسلامى على عمل الانسان ، فالفقهاء فى باب مرور الزمن ، يطلقون لفظ التصرف على ما يشمل عمل الانسان فى ملكه ، بعقد يجريه عليه أو بالإنتفاع المباشر فيه استعمالا وهدما وبناء . . [4] والوقائع المار ذكرها ، من قرابة وغيرها ، ليست بأعمال طوعية من أعمال الإنسان ، بل هى مفروضة عليه ، فهى فى حقيقتها بعيدة كل البعد عن تسميه « تصرف » .

---

(١) مصادر الحق ، جـ ١ ص٦٩ هامش .

(٢) مصادر الحق ، جـ ٢ ، ص ٢٠٣ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٩٩ .

(٤) راجع المجلة م ١٦٦٠ ــ ١٦٦١، وتنقيح الفتاوى الحامدية ، جـ ٢ ، ص ٣ ــ ، ص ٤ .

(٣ — التعبير عن الإرادة)

ويؤيد ذلك ، التعاريف التي أعطاها الفقهاء المحدثون لمفهوم التصرف ، فقد اعتبرت جميعها التصرف من عمل الانسان .

جاء في تعريف أستاذنا أبو زهرة السابق : « أن التصرف هو كل مايكون من تصرفات الشخص ... »

وعرفه الأستاذ محمد فهمي أبو سنه : « المراد بالتصرف هو الإلتزام الذي يصدر من الشخص فيرتب الشرع عليه أحكامه ، سواء كان بسيطا أي من جانب واحد كالنذر ، أو كان مركبا من التزامين متبادلين يتوقف أولهما على ثانيهما كما في عقود المعاوضة [1] . »

وعرفه الأستاذ مصطفى الزرقاء بأنه « كل مايصدر عن شخص بإرادته ، ويرتب الشرع عليه نتائج حقوقية [2] » .

٣٤ — (ب) وإلى جانب هذه المحاولة ، التي ذهبت إلى التوسع في مفهوم التصرف الفعلي ، ثمة محاولة أخرى قام بها الدكتور صبحي المحمصاني في مؤلفه « النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية » ذهب فيها إلى التضييق من مفهوم التصرف الفعلي وجعله مرادفا لمفهوم الفعل الضار ، كمصدر من مصادر الإلتزام في الفقه الغربي [3] .

فقد عرف التصرفات الفعلية بأنها « الأفعال التي تكون سببا للضمان ، كإتلاف مال الغير أو غصبه » واعتبرها « مرادفة للاعمال غير المباحة » [4] .

---

(١) العرف والعادة في نظر الفقهاء ، ص ١٤٧ . (٢) المدخل الفقهي العام ، ف ١٣١ . ويرد على هذا التعريف أنه أدخل مفهوم الإرادة في التصرف ، وهو مفهوم ذاتي تأباه النزعة الموضوعية للتصرف في الفقه الإسلامي . (٣) وهو في هذا المفهوم « إخلال بواجب قانوني مقترن بإدراك المخل » ، راجع الفعل الضار للدكتور سليمان مرقس ، ص ٤٨ ، ف ٣٤ . (٤) الجزء الأول ص ٣٣ . « وهذه المصادر (مصادر الإلتزام) جمعها الفقهاء المسلمون بعنوان واحد هو التصرفات الشرعية . فالتصرف في اصطلاحهم هو كل عمل ينشىء الالتزام وينتج أثراً شرعياً . والتصرفات الشرعية نوعان : قولية وفعلية . فالقولية تشمل العقود جميعاً والتصرفات الأخرى الشبيهة كالوقوف والنذر ولكن كلمة التصرفات القولية ربما فهم منها أنها تحصل بالقول فحسب مع أنها تصح بالكتابة ، كما نرى في العقود الخطية المعروفة ، وتصح حتى بالإشارة كما في عقد الأخرس ، وبالدلالة كالسكوت في معرض الحاجة . . ومع هذا فإننا لم نر ما يبرر ترك هذه الاصطلاحات الفقهية العربية الثابتة المفهومة والأخذ بالعبارات المعربة التي جاءت في القانون اللبناني » .

ونحن لا نوافق المؤلف على حرصه على هذا الاصطلاح ، لأنه يحمل آثار اهتمام الفقهاء باللفظ ، وهو اهتمام لم يعد له أثر في مفهوم التصرف القانوني الحديث .

ونحن لا نوافق المؤلف على تضييقه من مفهوم التصرف الفعلى ، وحصره فى الأعمال غير المشروعة ، ونرى بسطة على الأعمال المباحة كإحراز المباحات فهذا الإحراز هو فى عرف الفقهاء تصرف رغم مشروعيته .

ودليلنا على ذلك ما ورد فى تهذيب الفروق للقرافى :

قال : « أولا — إن الأسباب الفعلية تصح من السفيه المحجور عليه دون القولية . ثانيا : إن الفعلية لا تقع إلا نافعة مفيدة غالباً بخلاف القولية . والأسباب الفعلية هى كالإحتطاب والإحتشاش والإصطياد [1] »

ووجه استدلالنا بما جاء فى الفروق ، أن السفيه يمنع من التصرفات القولية (مجلة م ١٩٤١) وما دام سمح له بإحراز المباحات فهى تدخل إذن فى عموم التصرفات الفعلية التى لا تدخل تحت الحجر . وعليه ، لا وجه لاستناد المؤلف إلى ما ورد فى كتاب البدائع (جـ ٧ ص ١٧١) فى تقريره لحصر التصرفات الفعلية بالاتلاف والغصب اللذان لا يحجر السفيه عنهما ، مادمنا رأينا أنه لا يحجر أيضا عن إحراز المباحات التى تدخل فى شمول لفظ التصرف الفعلى .

٣٥ — (حـ) وثمة محاولة ثالثة ، ذهبت إلى التوسع فى مفهوم التصرف القولى ، فأدخلت فيه فيما نرى مفهوما غريبا عنه ، وهو القذف . ونجد هذه المحاولة فى المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء حيث اعتبر جرائم القذف ، من قذف وقدح وذم ، فى عداد التصرفات القولية [2]

ونحن لا نساير المؤلف فيما ذهب إليه ، ولئن صح أن نطلق على لفظ القذف التصرف القولى من الناحية اللغوية ، فليس ثمة ما يؤيد هذا الاطلاق من الناحية الشرعية الإصطلاحية [3]

---

(١) تهذيب الفروق للقرافى ، جـ ١ ، ص ٢٠٤ ، قاعدة رقم ٣٥ .

(٢) المدخل الفقهى العام ، ف ١٣١ ، ص ١٩٥ . راجع مذكرات الدكتور السنهورى فى « التصرف القانونى والواقعة القانونية » المعطاة لقسم الدكتوراه عام ٩٥٣ ـ ٩٥٤ ، ص ٤٦ حيث أشار المؤلف إلى أن دوجى Duguit يعتبر السبب تصرفاً قانونياً ؛ وقد أخذ المؤلف عليه أنه يخلط بين التصرف القانونى والواقعة القانونية ، لأن السب عمل مادى وإن كان إرادياً .

(٣) يؤيد ذلك صاحب البدائع فقد اعتبر « الشتم » من الأمور الحسية أثناء بيانه لما يقع عليه الإكراه ، فقد جاء فى البدائع (جـ ٧ ، ص ١٧٦ ، س ١٧) « أما الحسى المعين فى كونه مكرها عليه فالأكل والشرب والشتم والكفر والإتلاف .. »

٣٦ — والخلاصة: إننا نرى أن يحصر مفهوم التصرف القولي الإسلامي بما يقابل التصرف القانوني في المفهوم الغربي، وأن يحصر مفهوم التصرف الفعلي بما يقابل الفعل النافع والفعل الضار في المفهوم الغربي.

أما المصدر الخامس من مصادر الالتزام في الفقه الغربي، بما فيه من أوصاف شرعية يرتب عليها الشرع أثراً، كالقرابة والجوار والميلاد والوفاة وغيرها، فنحن نرى أنها تؤلف مصدراً ثالثاً مستقلاً لا يدخل في مفهوم المصدرين الآخرين.[1]

---

(١) عرف الدكتور ماجد الحلواني مصادر الالتزام في القانون المدني السوري بأنها: «تلك التصرفات الحقوقية سواء القولية منها أو الفعلية التي تؤدي إلى نشوئه»؛ وواضح أن هذا التعريف ليس بجامع لأنه، كما مر معنا، ثمة أحوال وصفات جعلها الشارع أسباباً لحقوق رتبها عليها، كالقرابة والولادة والوفاة والجوار ومرور الزمن، مما لا يدخل لا في التصرفات القولية، ولا في التصرفات الفعلية. راجع مذكرات المؤلف التي ألقاها على طلاب كلية الحقوق في جامعة دمشق، عام ١٩٥٥ — ١٩٥٦، ص٧.

الباب الأول

التعبير المُلْقَى والتعبير المُتَلَقَّى

٣٧ — للتعبير ركنان : مادى ومعنوى . ويختلف مضمون هذين الركنين حسب نوع التعبير. ففى التعبير المُلْقَى وهو الذى يتم بمجرد صدوره ، يكون الركن المادى إظهار الإرادة ؛ أما الركن المعنوى فهو إرادة التعبير ، وإرادة الأثر .

وفى التعبير المُتَلَقَّى وهو الذى لا يتم بمجرد صدوره بل لابد من توجيهه إلى شخص معين ، ليس يقتصر الركن المادى على إظهار الإرادة ، بل لا بد من إعلامها إلى الموجه إليه التعبير . أما الركن المعنوى فقوامه فيه ثلاثة عناصر : إرادة التعبير ، وإرادة الأثر ، وإرادة الإعلام ، وسنبحث فيما يلى : (أولاً) إظهار الإرادة . (ثانياً) : إعلام الإرادة . ونرجىء الكلام عن إرادة التعبير وإرادة الأثر إلى حين البحث فى النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة .

الفصل الأول

إظهار الإرادة

٣٨ — ونبحث فيه : (١) ضرورة الإظهار . (٢) الأساس الذى يقوم عليه الإظهار . (٣) إنشائية التعبير .

المبحث الأول

ضرورة الإظهار

٣٩ — يكاد الفقهاء الإسلاميون يجمعون على ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعى[1] . ولا يشذ عن هذا الإتجاه إلا قول فى المذهب المالكى يذهب

---

(١) جاء فى مصادر الإلتزام للدكتور حشمت أبو ستيت ، ف ٧٧ ، ص ٧٣ : « على أن الإرادة ، حتى لو اتجهت إلى إحداث أثر قانونى ، لا يمكن أن يعنى بها القانون ما بقيت عزماً منعقداً فى نفس =

إلى إنتاج النية الباطنة لأثرها الشرعي في بعض التصرفات ، ولو لم تفصح عن نفسها بتعبير خارجي ذي قيمة شرعية موضوعية . ولعل هذا الاتجاه الذي يسمى إلى احترام الإرادة العارية عن أي ثوب خارجي يعبر عن اتجاه المذهب المالكي العام نحو احترام الإرادة الحقيقية .

٤٠ — ويستند الفقهاء عادة ، في اشتراطهم لظهور الإرادة إلى الحديث القائل : « إن الله تجاوز لي عن أمتي ما وسوست به صدورها مالم تعمل أو تتكلم » .

ورغم أن هذا الحديث ، كما يدل عليه ظاهره ، قد تناول المسئولية الأخروية فقد ارتكز عليه الفقهاء لإيجابهم لظهور الإرادة ، وكان لاختلافهم في فهم هذا الحديث أثر في اختلافهم في تقرير ضرورة ظهور الإرادة[1] .

= صاحبها ، وإنما هو يعنى بها متى برزت إلى العالم الخارجي وعلم بها غير صاحبها ، وهذا إنما يتحقق بالتعبير عنها » .

وجاء في رسالة التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلاده ، ص ٥٩ : « لا تعترف النظرية التقليدية بأى أثر يترتب على النية المضمرة في نفس الشخص الذي لم يفصح عنها — فحق الملكية الذي لكل شخص على ذمته ، والذي بمقتضاه ، أن الإرادة التي لم يقبلها شخص آخر يمكن الرجوع فيها طالما أنها لم تقبل — هذا الحق يقتضي من باب أولى أن النية التي لم تنفصل عن نفس صاحبها ، تبقى تحت سلطانه المطلق ، وتظل بلا أثر قانوني ، ما دامت مجرد حقيقة ذهنية باطنية . وإذن فالقاضي في النظرية التقليدية لن يصبح مجبراً على أن يكتسب حاسة سادسة من أجل الوصول إلى ما لا يرى ، إلى غير المحسوس المستقر في نفس الإنسان » .

والعقوبات كالمعاملات فكما أن التصرف القانوني لا يولد أثراً إلا إذا ظهر فكذلك النية في القلب لا يترتب عليها عقوبة إذا لم تعمل .

جاء في كتاب الجريمة والعقوبة ، لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، ص ٣٧٥ ، ف ٣٧٧ :

« وقد قرر الإسلام أنه لا عقاب على ما يكون في القلب ولا يخرج إلى العمل ؛ فإنه وردت الآثار المتضافرة التي تثبت أنه لا عقاب في الدنيا ولا في الآخرة عما توسوس به النفس . فقد ورد أن النبي صلى الله عليه وسلم قال : « إن الله تعالى تجاوز لأمتي عما وسوست أو حدثت به أنفسها ما لم تعمل به أو تتكلم » .

ولقد قال صلى الله عليه وسلم : « من هم بحسنة فلم يفعلها ؛ كتبت له حسنة ، ومن هم بسيئة فلم يفعلها لم يكتب له شيء » .

وإنه من القواعد المقررة : « أن الشريعة الاسلامية ظاهرية لا يتكشف فيها القضاء أمور النيات والبواعث ، ولكن يحكم فيها بما ظهر ، ويترك لله ما بطن » .

(١) ذهب ابن العربي إلى أن المراد بالكلام المقصود في الحديث هو الكلام النفسي . قال : =

إن الإرادة، فى الرأى السائد لدى الفقهاء، لا تعتبر موجودة شرعاً إلا إذا ظهرت وهى إذا لم تجتز عقبة النفس لا يمكن للشرع أن يرتب عليها أى أثر. ويصدق هذا فى العقد، حيث لا يقوم إذا ظلت الإرادتان فى حالة داخلية محضة، وفى كل تصرف آحادى يستبد به صاحبه كالطلاق والرجعة والنذر والعتاق والإيلاء ...

٤١ — ويعتبر الظهور حاصلا عندما ينفصل شىء عن صاحب التعبير، ويكتسب حياة مستقلة. وإذا ما اكتسب التعبير حياة مستقلة بهذا الظهور، انقدح أثره، مهما كان مبلغ هذه الحياة من القصر[1].

= «إن المراد بقوله — ما لم تكلم — الكلام النفسى إذ هو الكلام الأصلى، إن القول الحقيقى هو الوجود بالقلب الموافق للعلم».

وقد بنى ابن العربى على ذلك إيقاع الطلاق بمجرد العزم وإن لم يتلفظ به صاحبه وحكاه عن رواية أشهب عن مالك فى الطلاق والعتق والنذر وقد صرح ابن العربى على أنه يكفى فى هذه التصرفات عزم صاحب التعبير وقوله وجزمه فى قلبه بكلامه النفسى. وإلى جانب هذا الدليل النقلى جاء ابن العربى بدليل آخر شرعى قال:

«ونصر ذلك بأن اللسان معبر عما فى القلب. فما كان يملكه الواحد كالنذر والطلاق والعتاق كفى فيه عزمه.

وما كان من التصرفات بين إثنين لم يكن بد من ظهور القول».

وقد رد الخطابى على ابن العربى ذاهباً إلى أن النية الباطنية هى والعدم سواء بدليل:

١ — أنهم أجمعوا على أنه لو عزم [المظاهر] على الظهار لم يلزمه حتى يلفظ به. قال وهو فى معنى الطلاق.

٢ — وكذلك لو حدث نفسه بالقذف لم يكن قذفاً.

٣ — ولو حدث نفسه فى الصلاة لم يكن عليه إعادة. وقد حرم الله تعالى الكلام فى الصلاة، فلو كان حديث النفس فى معنى الكلام، لكانت صلاته تبطل. وقال عمر بن الخطاب رضى الله تعالى عنه: «إنى لأجهز جيشى وأنا فى الصلاة».

راجع شرح العينى على البخارى، ج ١٣، ص ٨٨.

وجاء فى مقال فى العقود والشروط والخيارات للأستاذ أحمد ابراهيم المنشور فى مجلة القانون والاقتصاد السنة الرابعة، ص ٦٤٨: «ومن ذلك ما قاله ابن رشد فيمن عزل لمسكين معين شيئاً وبتله له بقول، أو نية، فلايجوز له أن يصرفه إلى غيره، وهو ضامن له إن فعل، وسواء كان المال من عنده، أو جعل له تفرقته اهـ ومعنى بتله أى جعله له من الآن. والمراد بالنية حديث النفس (انظر الحطاب وتهذيب الفروق). وجاء فى شرح الحطاب، ج ٤، ص ١٠١، س ١٧ «إن الرجعة تصح بمجرد النية».

(١) المحيط البرهانى ج ٩، ص ٩٣، س ٧: «قال المشترى: اشتريت منك هذا العبد. فقال البائع: بعت. فقال المشترى: لا أريده. فليس له ذلك، لأن الشراء قد تم بينهما قبل قول المشترى: لا أريده».

وليس لصاحب التعبير من سبيل على آثار التعبير التى ولدها إفصاحه عنه[1] .

وإذا كان له فى بعض الأحيان أن يرجع عن تصرفه ، فليس لهذا الرجوع من أثر مستند يمس آثار التعبير السابقة لهذا الرجوع ، وإنما يقتصر أثره على إعدام الآثار اللاحقة له . وتعذر إسناد الرجوع يجد سنداً له فى القاعدة الفقهية القائلة : « من سعى فى نقض ما تم من جهة فسعيه مردود عليه » .

أقوال المذاهب فى ضرورة الإظهار

المذهب الحنفى :

جاء فى الفتاوى الهندية : « وفى اليتيمة سئل الحسن بن على عن رجل ساوم وكيل البائع السلعة باثنين وعشرين ديناراً ، وأبى الوكيل إلا بخمسة وعشرين . فقال المشترى : « اترك لى هذه الثلاثة الدنانير » ورضى بذلك من غير أن يوجد منه قول، وهناك شهود على أنه رضى . فطابت نفسه بذلك ، هل يكون ذلك بيعاً ؟ — فقال : هذا القدر ليس ببيع إلا أن يوجد الإيجاب والقبول أو ما يقوم مقامهما من الفعل ، كذا فى التتارخانية[2] » .

وجاء فى المبسوط : « إن ما يكون بالقلب فهو نية ، والنية بدون عمل . . . لا ينعقد أصل العقد بها » . « وإن اختار ردها أو الإجازة بقلبه كان باطلا أيهما كان صاحب الخيار ، لأن ما يكون بالقلب فهو نية ، والنية بدون العمل لا تثبت الفسخ ولا الإجازة ، كما لا ينعقد أصل العقد بها[3] » .

---

(١) الموافقات للشاطبى ، ج ١ ، ص ٢١٤ — ص ٢١٥ : « إن متعاطى السبب إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ، ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه . فمن عقد نكاحاً على ما وضع له فى الشرع ، أو بيعاً أو شيئاً من العقود ، ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثاً ، ووقع المسبب الذى أوقع سببه ، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عتقاً قاصداً به مقتضاه فى الشرع ، ثم قصد أن لا يكون مقتضى ذلك ، فهو قصد باطل ... وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها كما تقدم فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع وكل قصد ناقض قصد الشارع باطل ، فهذا القصد باطل ... كما إذا قصد الوطء وكره خلق الولد ، أو اختار وضع البذر فى الأرض وكره نباته ، أو رمى بسهم صوبه على رجل ثم كره أن يصيبه وما أشبه ذلك » .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٦ ، س ٨ .

(٣) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٦ ، س ١٢ .

وجاء في البدائع : « وأما ركن الإيلاء فهو اللفظ الدال على منع النفس عن الجماع في الفرج مؤكداً باليمين بالله تعالى أو بصفاته أو باليمين بالشرط والجزاء . حتى لو امتنع عن جماعها أوهجرها سنة أو أكثر من ذلك لم يكن مولياً مالم يأت بلفظ يدل عليه ، لأن الإيلاء يمين . . . واليمين تصرف قولي فلا بد من القول[1] » .

وجاء في الفتاوى الخانية : « رجل سيب دابته . فأخذها غيره وأصلحها . قال الناطقي رحمه الله تعالى : إن كان المالك قال عند التسييب : جعلتها لمن يرغب فيها ، لم يكن لصاحبها أن يأخذها ، لأنه أباح التملك . وإن لم يكن قال ذلك، كان له أن يستردها ؛ لأنه لم يبح التملك . وكذا الرجل ، إذا أرسل صيده ، فهو بمنزلة الدابة التي سيبها[2] » .

وقال ابن عابدين : « إن البيع لاينعقد بالنية[3] »

وجاء في فتح القدير : « أما لو قال لامرأته : أنت طالق إن شاء زيد » فهو تمليك منه معتبر في مجلس علمه . فإن شاء فيه طلقت وإلا خرج الأمر من يده . . . ويعتبر في ذلك كله إخبار فلان بلسانه ، لامشيئته ورضاه بقلبه ، لأن المشيئة وأخواتها أمر باطن ، وله دليل ظاهر وهو العبارة ، فيقام مقامه[4] » .

وجاء في الفتاوى الخانية أيضاً : « الولي إذا زوج الثيب فرضيت بقلبها ، ولم تظهر الرضا بلسانها ، كان لها أن ترد بعد ذلك ، ولا يعتبر الرضا بالقلب ، وإنما المعتبر في الثيب الرضا باللسان أو الفعل الذي يدل على الرضا ، نحو التمكين من الوطء ، وطلب المهر دون قبول الهدية ، وكذلك في حق الغلام[5] » .

---

(١) بدائع الصنائع ، ج ٣ ، ص ١٦١ ، س ٢٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٣٩١ . ويرى بعض الفقهاء الألمان أن ثمة بعض التصرفات القانونية تتكون من [illegible] اده خالصة دون حاجة إلى الإظهار كالتسييب ، والاستيلاء ، واكتساب الحيازة وتركها ، والتخصيص ، وتحديدالموطن . انظر في الرد على هذه الآراء ديرما ٣٠ وما بعدها ديموج ، ح ١ رقم ١٣ .

وقد رأينا في الفرع الذي نقلناه عن الفتاوى الخانية أن الفقهاء لم يقتصروا على واقعة التسيب للافصاح عن الإرادة ، بل اشترطوا إظهارها عن طريق التعبير .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٣ ، س ٢٦ .

(٤) فتح القدير ج ٣ ، ص ١٤٣ ، س ٣٦ .

(٥) الفتاوى الخانية ج ١ ص ٣٤٢ ، س ١٨ .

المذهب المالكي :

جاء في تهذيب الفروق : « ولو أنه اعترف بأنه وضى بانتقال الملك في الزمن الماضي من غير أن يكون صدر منه قول أو فعل لم يلزمه انتقال الملك[١] » .

وجاء في القوانين الفقهية لابن جزي : « وإن طلق بالنية دون اللفظ لم ينفذ في المشهور وفاقا لهم[٢] » .

وجاء في الشرح الكبير للدردير على هامش الدسوقي : « إذ النية فقط لا رجعة فيها ، وعليه فلو نوى ، ثم وطيء أو باشر بعد بُعدٍ ، فليس برجعة[٣] » .

وجاء في شرح الدردير على الصاوي : « ادعى بعد المدة أنه كان راجعها بالنية ، فلا يحكم بالرجعة ، لخفاء النية[٤] » .

وجاء في شرح الحطاب : « ولا يلزم البيع بالنية[٥] » .

المذهب الشافعي :

جاء في الأم : « والنية لاتصنع شيئاً[٦] » .

وجاء في الأشباه والنظائر للسيوطي « والنية لا تعمل وحدها[٧] » .

المذهب الحنبلي :

جاء في فتاوى إبن تيمية : « إذا نوى أنه سيطلقها إذا حاضت ، فإن هذا لايقع به طلاق باتفاق العلماء[٨] » .

وقال إبن القيم : « إن الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفاً ودلالة على ما في نفوسهم . فإذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده وما في نفسه بلفظه . ورتب على تلك الإرادات والقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ . ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما في النفوس من غير دلالة قول أو فعل . ولاعلى مجرد الألفاظ ، مع العلم بأن المتكلم لم يرد معانيها ولم يحط بها علماً ، بل تجاوز للأمة عما حدثت به أنفسها ما لم

---

(١) الفروق ، ج ٢ ، ص ١٧٧ .
(٢) إبن جزيء ، ص ٢٢٤ ، س ٥ .
(٣) الشرح الكبير ، ج٢ ص٣٨٥ ، س٣٢ .
(٤) شرح الدردير ، ج١ ص٤١٦ ، س٣٠ .
(٥) شرح الحطاب ، ج ٤ ، ص ٢٣٧ .
(٦) الأم ، ج ٤ ص ٤٢ .
(٧) الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٠ .
(٨) فتاوى إبن تيمية ، ج ٤ ، ص ١٠٧ .

تعمل به أو تتكلم به . وتجاوز عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به ، إذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه . فإذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم .

هذه قاعدة شرعية وهى من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته . فإن خواطر القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الإختيار . فلو ترتب عليها الأحكام لكان فى ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك[1] » .

المبحث الثانى

الأســـــاس الذى يقوم عليه الإظهــار

٤٢ — إن الوقوف عند بحث ضرورة إظهار الإرادة كشرط لإنتاجها لحكمها الشرعى ليس — كما يبدو لأول وهلة — نافلةً من القول ، أو تزيداً فى البحث يتعرض لأمر بدهى . وثمة دليلان يؤكدان لنا جدية هذا البحث :

(١) دعوى فريق من أتباع المذهب المالكى القائلة بعدم ضرورة الاظهار لمفعولية بعض التصرفات الأمر الذى تنتفى معه بداهة اشتراط الاظهار .

(٢) الشكوك التى تثيرها ، حول ضرورة الإظهار ، القاعدة الفقهية القائلة : الأمور بمقاصدها .

إن هذه الشكوك وتلك الدعوى يفضيان فى حالة صحتهما إلى اعتبار الإظهار عنصراً غير مقوم فى التعبير . وإذا عرفنا أن الرأى السائد فى الفقه الاسلامى يذهب إلى ضرورة الإظهار ، وجب علينا أن نبحث الأساس الذى تقوم عليه هذه الضرورة

٤٣ — ويمكننا أن نجد على ضوء النصوص الفقهية والأصولية تفسيرات ثلاثة لضرورة إظهار التعبير فى الفقه الإسلامى .

التفسير الأول ، إثباتى : يذهب إلى أن الإظهار عنصر إثبات .

التفسير الثانى ، إجتماعى : يذهب إلى أن الإظهار عنصر تمليه العلائق بين الآدميين .

التفسير الثالث ، أصولى : يذهب إلى أن إناطة الحكم بالعلة يقتضى ظهور التعبير .

---

(١) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٩٢ — ص ٩٣ .

الفرع الأول

التفسير الأول : الإظهار عنصر إثبات

٤٤ — يذهب هذا التفسير إلى أن الاظهار دليل إثبات ، وهو ليس سوى وسيلة للكشف عن الإرادة الباطنة ، التي يتعذر الوصول إليها عن غير طريق الإفصاح لخفائها ، وعدم إمكان الإطلاع عليها . وتعذر إثباتها .

وقد صرح الدردير بربط ضرورة إظهار التعبير وعدم إنتاج الإرادة الباطنة لأثرها بإمكان الإثبات . قال :

« إدعى بعد العدة أنه كان راجعها بالنية فلا يحكم بالرجعة ، لخفاء النية ، فلا يمكن إثباتها ، ولا يصدق فى دعواه [1] . »

٤٥ — ونتساءل هنا عن دور كل من الإرادة والتعبير فى نظر هذا التفسير فهل هما على قدم المساواة أم أن لأحدهما رجحانا على الآخر ؟ ونجيب على ذلك بأن الحل الثانى هو الذى يتفق مع اعتبار الإفصاح دليلا على الإرادة . إن الإفصاح فى نظر هذا التفسير يحظى بدور متواضع . أما الإرادة الداخلية فهى التى تحظى بالدور الرئيسى إن للإرادة الداخلية الصدارة لأنها هى المدلول . أما التعبير فهو ليس سوى دليل يشير إليها . إن التعبير هو ظرف خارجى يتضمن الإرادة الداخلية ذات الحول والطول إنه لها الظل والخيال فى عالم الناس .

٤٦ — **الاعتراض على هذا التفسير** : إن هذا التفسير قاصر وغير كاف ، ولنا على ذلك دليلان :

(١) ثمة حوادث نفسية يمكن إثباتها رغم خفائها ، كحسن النية وسوئها . فإثبات الحادث النفسى إذن قد يتم من غير إظهاره .

---

(١) شرح الدردير على الصاوى ، ج ١ ، ص ٤١٦ ، س ٣ .

(٢) لو كان الإظهار دليل إثبات لاستطاعت طرق الإثبات الأخرى كاليمين والإقرار أن تحل محله ، وسنرى أن هذه الطرق هى عاجزة عن أن تكون بديلا للإظهار .

٤٧ — الدليل الأول : ونأتى لهذا الدليل بمثالين(أ) أحدها من اللقطة . (ب) والثانى من الوكالة . (أ) واقعة اللقطة · إن هذه الواقعة تخفى وراءها إحدى إرادتين متباينتين . . فالملتقط لشىء عثر عليه ، قد ينوى الأحتفاظ بهذا الشىء . ويكون عند ذلك غاصبا ، وتغدو يده على الشىء يد ضمان ، وقد ينوى الإحتفاظ بهذا الشىء ويكون عند ذلك وديعا . وتكون يده على الشىء يد أمانة .

ويرتب أبو حنيفة رحمه الله على واقعة الإلتقاط إلزام الملتقط بضمان قيمة اللقطة حين هلاكها باعتباره غاصباً لها . وتكون الواقعة عنده فعلا ضاراً تفترض فيه سوء نية الملتقط ، مادام لم يعلن حسن نيته بالإشهاد .

أما إذا كانت هذه الواقعة مصحوبة بإشهاد الملتقط عن رغبته فى الإحتفاظ بالشىء ورده على صاحبه ، كما لو قال « عندى لقطة فأى الناس أنشدها فدلوه على » فعندها تزول قرينة سوء النية المفترضة بإثبات عكسها بالإشهاد .

أما الصاحبان فلا يفترضان سوء نية الملتقط، ويعطيان لهذا الأخير الحق بإثبات حسن نيتة بيمين أو إشهاد لاحقين[١]

ويستدل مما تقدم على أن حسن نية الملتقط وسوءها يمكن إثباته عن طريق الإشهاد أو اليمين .

---

(١) جاء فى البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠١ ، س ١ : « وأما حال ما بعده [الأخذ] فلها بعد الأخذ حالان : فى حال هى أمانة ، وفى حال هى مضمونة . أما حال الأمانة ، فهى أن يأخذها لصاحبها ، لأنه أخذها على سبيل الأمانة فكانت يده يد أمانة كيد المودع . وأما حال الضمان ، فهى أن يأخذها لنفسه ؛ لأن المأخوذ لنفسه مغصوب . وهذا لا خلاف فيه. وإنما الخلاف فى شىء آخر . وهو أن جهة الأمانة إنما تعرف من جهة الضمان إما بالتصديق أو بالإشهاد عند أبى حنيفة. وعندهما بالتصديق أو باليمين ، حتى لو هلكت فجاء صاحبها ، وصدقه فى الأخذ له ، لا يجب عليه الضمان بالإجماع وإن لم يشهد ، لأن جهة الأمانة قد ثبتت بتصديقه. وإن كذبه فى ذلك فكذا ==

(ب) وكذلك سوء نية الوكيل يمكن الوصول إلى إثباتها عن طريق اليمين . فمن المعلوم أن الوكيل المكلف بتسليم دين الموكل إلى دائنه يعزل ضمناً بمجرد دفع الموكل دينه مباشرة إلى الدائن . فإذا علم الوكيل بهذا الدفع ، ودفع رغم ذلك الدين إلى دائن الموكل ، ضمن لسوء نيته . وليس له من سبيل إلى التخلص من الضمان إذا كان حسن النية ، إلا عن طريق حلف اليمين ، بأنه كان يجهل واقعة الدفع .

جاء فى الفتاوى الهندية : « وإذا كان الوكيل عالما بقبض الدائن الدين من الموكل ، فهو ضامن ، والقول قول الوكيل مع يمينه فى أنه لم يكن عالما [1] . »

٤٨ — الدليل الثانى : ومؤدى هذا الدليل ، أن الإظهار لو كان دليل إثبات لاستطاعت طرق الإثبات الأخرى كالإقرار واليمين أن تحل محله .

٤٩ — (ا) **الإقرار** : ونعنى بالإقرار هنا ، الإقرار الصادر من صاحب الملافة بعد عدوله عن إرادته الباطنة ، التى جزم بها فى داخله فى وقت ما .

= عند أبى يوسف ومحمد أشهد أو لم يشهد . ويكون القول قول الملتقط مع يمينه . وأما عند أبى حنيفة ، فإن أشهد فلا ضمان عليه ، لأنه بالإشهاد ظهر أن الأخذ كان لصاحبه ، فظهر أن يده يد أمانة ، وإن لم يشهد يجب عليه الضمان . ولو أقر الملتقط أنه أخذها لنفسه يجب عليه الضمان . لأنه أقر بالغصب والمغصوب مضمون على الغاصب .

وجه قولهما : أن الظاهر أنه أخذه لا لنفسه ؛ لأن الشرع إنما مكنه من الأخذ بهذه الجهة . فكان إقدامه على الأخذ دليلا على أنه أخذ بالوجه المشروع ، فكان الظاهر شاهداً له ، فكان القول قوله ، ولكن مع الحلف ، لأن القول قول الأمين مع الحلف .

ولأبى حنيفة رحمه الله وجهان :

أحدهما : أن أخذ مال الغير بغير إذنه سبب لوجوب الضمان فى الأصل إلا أنه إذا كان الأخذ على سبيل الأمانة بأن أخذه لصاحبه ، فيخرج أن يكون سببا ، وذلك إنما يعرف بالإشهاد ، فاذا لم يشهد لم يعرف كون الأخذ لصاحبه فبقى الأخذ سبباً فى حق وجوب الضمان على الأصل .

والثانى أن الأصل أن عمل كل إنسان له لا لغيره . لقوله سبحانه وتعالى : (وأن ليس للانسان إلا ما سعى . »

وقوله تعالى : «لها ما كسبت وعليها ما اكتسبت » فكان أخذه اللقطة فى الاصل لنفسه لا لصاحبها وأخذ مال الغير بغير إذنه لنفسه سبب لوجوب الضمان ، لأنه غصب . وإنما يعرف الأخذ لصاحبها بالإشهاد ، فاذا لم يوجد ، تعين أن الأخذ لنفسه ، فيجب عليه الضمان »

[1] الفتاوى الهندية ج ٣ ، ص ٦٣٦ ، س ، ٣٠ .

فلو دخل رجل إلى محل تجارى وهو عازم على شراء شيء معين ، فإذا ما حال دون شراء هذا الشيء غياب صاحب المحل ؛ فليس لهذا الأخير إلزام ذاك الرجل بإرادته المضمرة السابقة التي أقربها لصاحب المحل عند لقائه وبعد رجوعه عنها .

ولو كان التعبير مجرد دليل للإثبات ، لاستطاع الإقرار فى مثالنا هذا ، أن يحل محله ، وعندها نصل إلى إثبات تلاقى الإرادتين ، مستغنين فى ذلك عن ضرورة إظهار الإرادة التى أثبت الاقرار وجودها . وعندها أيضاً لايؤثر فى هذه الارادة التى تلاقت مع مثيلتها رجوع صاحبها عنها .

أما وأن أحداً من الفقهاء لم يقبل الإقرار بديلا عن الإظهار ، فمعنى هذا أن للإظهار قيمة ذاتية خاصة لا يرقى الإقرار كدليل للإثبات إلى بلوغها .

وها هو القرافى ، يصرح بعجز الإقرار عن الحلول محل الإظهار ، جاء فى تهذيب الفروق . « قاعدة : إن الوصف المعرف للحكم ، إن كان وصفه ظاهراً منضبطاً ، لم يعدل عنه إلى غيره . . وإن كان وصفاً خفياً أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه ، أما الخفى الذى لا يطلع عليه ، فـكالرضا فى انتقال الأملاك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب من نفسه » . فإن الرضا لما كان أمراً خفياً ، جعلت الصيغ والأفعال فى بيع المعاطاة قائمة مقامه ، لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها . حتى لو أنه اعترف بأنه رضى بانتقال الملك فى الزمن الماضى ، من غير أن يكون صدر منه قول أو فعل ، لم يلزمه انتقال الملك . »[1]

إن رفض القرافى للإقرار ، كدليل ظاهر لإعمال الإرادة الباطنة ، يدل بوضوح على أن الأساس الذى بنيت عليه ضرورة الإظهار ليس هو خفاء الإرادة ــ وعدم إمكان الاطلاع عليها ــ أو تعذر إثباتها ، كما يشير إلى ذلك التفسير الأول لضرورة الإظهار . ذلك أن الإقرار هنا قد استطاع أن يجلى هذه الإرادة الخفية ، وأن يحيطنا علماً بها ، ومع ذلك فقد ظلت هذه الإرادة الباطنة عاجزة عن توليد الآثار الشرعية . فلماذا يعمل الإظهار الإرادة المصاحبة له فتغدو به منتجة لآثارها الشرعية ، ويعجز الإقرار عن

---

(١) القرافى ج ٢ ، ص ١٧٧ ، الفرق ٩٨ .

بلوغ هذه الغاية . لو كان كل من الإقرار والإظهار من نوع واحد ، أى لو كان كل منهما دليلاً للإثبات ، لما اختلفت النتائج التى ينتهيان إليها . أما وإننا أعملنا الإظهار وأهملنا الإقرار ، فذلك يدل كما سنرى على أن للإظهار قيمة خاصة ذاتية ، ومهمة أسمى من أن تكون مجرد دليل للإثبات .

٥٠ — (ب) **اليمين** : والیمین كالإقرار ، لا يعترف بها القضاء كوسيلة لإثبات الإرادة الباطنة ، إذا لم يرافقها إفصاح عنها .

وكما أن اليمين تعجز عن إثبات الإرادة عند تخلف الإفصاح عنها ، فهى أيضاً عاجزة عن نفى الإرادة عند وجود إفصاح صريح عنها .

جاء فى شرح الدردير ، قال : « وينعقد البيع بـ [لفظ الماضى] إتفاقا ولا تقبل دعوى من أتى بصيغة الماضى أنه لم يرد البيع أو الشراء ولو حلف[1] . »

على أن اليمين ، إذا عجزت عن إثبات الإرادة عند تخلف الإظهار ، وإذا عجزت أيضاً عن نفى الإرادة عند وجود إفصاح صريح عنها ؛ فهى قد تكون عنصراً مساعداً على ضبط الإرادة عند ظهور التعبير ظهوراً غير منضبط ، كما هو الحال فى الكناية ، حيث يحتمل التعبير معانى متعددة ، تقوم اليمين بتحديد أحد محتملاتها كما سنرى .

٥١ — ننتهى مما تقدم إلى أن الاظهار ليس مجرد دليل للإثبات ، ، فكما أن جسم الانسان ليس مجرد دليل على وجوده ، بل هو جزء من شخصه ؛ فكذلك الإظهار بالنسبة للإرادة ، فهو منها بمثابة الجسم ، وهو يتمتع بقيمة خاصة ، لا تنحط إلى كونه مجرد دليل لإثبات الإرادة ؛ لأنه لو كان كذلك ، لأمكن الاستعاضة عنه بدليل آخر .

ويؤيد ذلك مايقرره علماء النفس اليوم من أن الإظهار ليس مجرد دليل على الحالة النفسية الداخلية . إن الدموع والإبتسام ليست مجرد أمارات على الحالة النفسية ، بل هى عناصر مقومة لها . ويقول وليام جيمس فى هذا الصدد : « إننا حزانى لأننا نبكى ، وغضاب

---

(١) شرح الصاوى على الدردير ، ج ٢ ، ص ٣ ، س ٢٨

لأننا نضرب ، ومذعورون لأننا نرتجف ، لا كما قيل إننا نبكى لأننا حزانى ، ونضرب لأننا غضاب ، ونرتجف لأننا مذعورون[1] » .

فالتعبير هو عنصر مقوم ، وهو جزء جوهرى لا ينفصم عن مجموع الظروف التى يتألف منها التصرف القانونى . فهو ليس « إعلاناً عن تصرف موجود » ، وليس هو طريقة للشهر ؛ بل هو ذو قيمة خاصة ، سنستشفها خلال النصوص الفقهية التى عثرنا عليها فى كتب الفقه والأصول ، والتى ستكشف عن الدور الإنشائى الخلاق للتعبير فى الفقه الإسلامى .

على أن النظام التشريعى الإسلامى ، إذا اشترط إظهار الإرادة فليس معنى ذلك أنه نظام شكلى ؛ ذلك أن الشكلية معناها فرض شكل معين ، والفقه الإسلامى عندما يشترط الإظهار ، لا يشترط شكلا معيناً بل إن أى طريق من طرق التعبير يصلح للافصاح عن الرضا ، على أنه لا مفر من وجود طريق لهذا الإفصاح ، وهذا الطريق الخارجى نفسه هو أدنى حد يمكن أن نتصوره لما يمكن أن يسمى شكلا .

الفرع الثانى

التفسير الثانى

الإظهار عنصر تمليه العلائق الشرعية بين الآدميين

٥٢ — إن الأساس المقبول لضرورة الإظهار هو إنسانية كل من صاحب التعبير والموجه إليه التعبير ، إن هذه الإنسانية تقتضى أن يتبادل الأشخاص الأفكار بأقوال أو أفعال ، لا بمجرد قصد باطنى لا يدركه إلا علام الغيوب . ونحن إذا رجعنا إلى مبادئ الشريعة نجد إيضاحاً لهذا الأساس فى قصر الحديث القائل : « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرئ ما نوى » على العبادات . ونجده ثانياً فى تقسيم الأحكام الشرعية إلى حكم ديانى يترتب على النوايا ، ويدخل فى مجال صلة الإنسان بربه . وحكم قضائى يترتب على الظاهر ، ويدخل فى مجال صلة الإنسان بالمجتمع . وعلى هذا قد يكون تصرف معين ذا أثرين متعارضين : الحل

---

(١) دروس الفلسفة ، المجلد الاول ، علم النفس ، جميل صليبا ، ص ٢٢٨ .

فى نظر الديانة ، والحرمة فى نظر القضاء ، أو العكس . فالتصرف الآحادى المشوب بغلط فى التعبير ، كزلة اللسان فى الطلاق مثلا ، يفضى إلى تحريم وطء المرأة قضاء ، وحل وطئها ديانة . والحكم القضائى الذى يستند إلى شهادة زور فى زواج رجل من امرأة ، يفضى إلى حل المرأة قضاء ، وتحريمها ديانةً .

وإليك أمثلة من الأشباه والنظائر للسيوطى تشير إلى إهمال الشريعة للألفاظ فى إطار العبادات ، والإحتفال بها فى إطار المعاملات .

« لو اختلف اللسان والقلب ، فالعبرة بما فى القلب ، فلو نوى بقلبه الوضوء وبلسانه التبرد ، صح الوضوء ، أو عكسه ، فلا . وكذا لو نوى بقلبه الظهر وبلسانه العصر ، أو بقلبه الحج وبلسانه العمرة ، أو عكسه صح له ما فى القلب .

ومنها إن سبق لسانه إلى لفظ اليمين بلا قصد فلا تنعقد ، ولا يتعلق به كفارة ، أو قصد الحلف على شىء فسبق لسانه إلى غيره ، هذا فى الحلف بالله .

فلو جرى مثل ذلك فى الإيلاء أو الطلاق أو العتاق ، لم يتعلق به شىء باطناً ، ويدين ، ولا يقبل فى الظاهر ، **لتعلق حق الغير به**[1] » .

إن وجود الإنسان فى المجتمع لا يملى عليه ضرورة إظهار تعابيره فحسب ، بل هو الذى يكيف هذه التعابير :

(١) ففى تعريف الصريح مثلا ، يقول الكاسانى : هو إسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع . ومعنى ذلك أن فهم السامع للتعبير هو الذى يبين صلوحه وفعاليته لا إرادة اللافظ .

(٢) وفى التعبير بالكناية، لا تظهر الإرادة للعالم الخارجى بصورة قاطعة ، ولذا فنحن لا نعتد بها ، لعدم انكشاف المراد من التعبير عند السامع . **ولا بد من** بيان آخر من اللافظ يكشف به عن مراده ، ويوضح به قصده للموجه إليه التعبير .

(٣) ويؤيد ذلك أخيراً دور العرف فى تحديد معنى التعبير . **فلا يكفى أن يبدع** إنسان تعبيراً ، لكى يقر المجتمع وجوده ويعترف بآثاره ، بل لا بد من **اعتراف المجتمع** بهذا التعبير .

---

(١) الاشباه والنظائر للسيوطى ،ص ٢٩ .

الفرع الثالث

التفسير الثالث : التفسير الأصولى .

٥٣ – تمهيد : لما كان التعبير عن الإرادة علة لآثار شرعية ، كان من المفيد لنا ، أن نرجع إلى بحوث العلة فى أصول الفقه لنتبين خصائص هذه العلة ، وآلية توليدها للحكم ويميز الأصوليون فى هذه البحوث تمييزاً جوهرياً بين الحكمة والمظنة .

وسنشرح فيما يلى هذا التمييز ، ليتسنى لنا على ضوئه فهم التفسير الأصولى لضرورة الإظهار .

٥٤ – الحكمة أو المئنة : يطلق لفظ الحكمة أو المِئنَّة على أمرين :

الأمر الأول : وهو الذى إذا نظر إليه فى ذاته يخال أنه علة وبعبارة أخرى ، الأمر الباطن الذى لأجله جعل الوصف الظاهر علة ، ففى البيع يقولون مثلا : الحكمة ، التى هى العلة على الحقيقة ، هى **الرضا** . وفى القتل العمد ، يقولون إن العمدية هى الحكمة . وهى العلة الحقيقية .

ويلاحظ أن كلا من الرضا فى البيع والعمدية فى القتل أمر نفسى ذاتى خفى يستعصى على الإطلاع .

الأمر الثانى : فهو الباعث على تشريع الحكم والغاية المقصودة منه ، وهى المصلحة التى قصد الشارع بتشريع الحكم تحقيقها أو تكميلها ، أو المفسدة التى قصد الشارع بتشريع الحكم دفعها أو تقليلها .

فحكمة تشريع البيع ، هى **دفع الحرج عن الناس لسد حاجاتهم** ، وفسح المجال لهم لإرواء ميولهم . وحكمة تشريع القصاص ، هى حفظ حياة الناس ، وصيانة الدماء عن الإهدار .

ويلاحظ أن كلا من جلب المنفعة فى البيع ، ودفع المفسدة فى القصاص : أمر خفى تقديرى غير منضبط .

هذا وإذا عرفنا أنه إذا كان الشأن فى الحكمة بإطلاقيها السابقين الخفاء وعدم الإنضباط . فهل تصلح هذه الحكمة معرفة للحكم ؟ وإذا كان الجواب بالنفى فما الذى يصلح له ؟ إن الجواب على ذلك ، نجده فى الوجه الثانى للعلة وهو : المَظِنَّة .

٥٥ — المظنة : وهى الوجه الهام من وجهى العلة ؛ وعليها وحدها تقع مهمة تعريف الحكم . ولئن شبهنا العلة بقطعة النقود ، كان الوجه الخفى من هذه القطعة الذى لا يبدو لناظرينا هو الحكمة ؛ وكان الوجه الآخر الظاهر والمُظْهِر لقيمة القطعة المالية هو المظنة .

وشأن هذا الوجه الأخير فى تعريف الأفراد بقيمة النقد المالية هو كشأن المظنة فى تعريف الحكم الذى تولده العلة . فلاعجب إذن إذا طغى هذا الجانب من العلة على العلة بمجموعها . ولا عجب أيضاً إذا أطلقنا تسمية العلة على المظنة ، ما دامت هذه المظنة هى الجانب المنتج منها.

وتكون العلة عندها ، هى الوصف الظاهر الذى بنى الحكم عليه ، وربط به وجوداً وعدماً ، لأن الشأن فى بنائه عليه وربطه به ، أن يحقق الحكمة التى شرع الحكم من أجلها . ومن التدقيق فى هذا التعريف ، يبين لنا صفات للمظنة مقابلة لصفات الحكمة . فالحكمة هى فى أغلب الأحوال ذاتية ، بينما تكون المظنة دوماً موضوعية . والأولى خفية غير منضبطة ، بينما تكون الثانية ظاهرة ومنضبطة . وهذا الظهور والإنضباط فى المظنة قمينان بإسعاف العلة فى أداء مهمتها فى تعريف الحكم ، الذى وجدت العلة لإيجابه .

وبيان ذلك ، أن هذا الظهور يتيح تعريف الحكم ؛ لأن الظاهر معرف والمعرف يصلح أداة لتعريف غير المعرّف ؛ أما الحكمة فهى لا تتيح تعريف الحكم ، لأنها نكرة .

فى عقد البيع مثلا أن العلة التى تعرف الحكم هى صيغة عقد البيع الظاهرة أما الحكمة فى إطلاقيها (التراضى وسد الحاجة) فهى عاجزة عن هذا التعريف لخفائها .

٥٦ — **هل الحكمة في عقد البيع هي سد الحاجة أم التراضي** : اضطربت كتب الأصول في مفهومها عن الحكمة في عقد البيع ، فتارة نجد بعض الكتب تشير إلى أن الحكمة هي « دفع الحاجة » ، وطورا نجد هذه الكتب نفسها تشير إلى أن حكمة البيع هي « التراضي » ، وحينا تشير إلى أن الحكمة هي كل من « دفع الحاجة والتراضي » .

٥٧ — (١) فقد علل أستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف انتقال الملك في البيع : تارة بالإطلاق الأول للحكمة وهو التراضي . وطوراً بالإطلاق الثاني للحكمة وهو المصلحة ، وحيناً بالإطلاقين .

(أ) جاء في كتابه « مصادر التشريع الإسلامي فيما لانص فيه » ص ٥١ : « ولا يثبت الملك في البدلين . . . لأنه ما دام البيع بالإكراه انتفى أن تكون الصيغة مظنة التراضي ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمئنة لم يصلح أن يكون علة » . ويلاحظ أن المؤلف قد اعتبر الحكمة هي **التراضي** .

(ب) وجاء في ص٤٢ من نفس المرجع : « وحكمة نقل الملكية بعقود المعاوضات رفع الحرج وسد حاجات الناس وعلته صيغ العقود أي الإيجاب والقبول » ويلاحظ أن المؤلف قد اعتبر الحكمة هنا هي **المصلحة** .

(ح) وجاء في ص ٥٠ من نفس المرجع : « أما حيث تكون العلة محققة للحكمة ومفضية إلى المقصود منها قطعاً ، فلا خلاف في عليتها لقيام مناسبتها قطعاً ، فصيغة البيع الصحيح النافذ التي هي مظنة لتراضي المتبايعين ولسد حاجتهما ، تفضي قطعاً إلى المقصود منه ، فتنتقل الملكية في البدلين ، ويحل لكل منهما الانتفاع بما ملك سداً لحاجته[1] » .

ويلاحظ أن المؤلف هنا قد اعتبر الحكمة **التراضي والمصلحة مجتمعين** [2].

(١) مصادر التشريع الإسلامي فيما لا نص فيه ، محاضرات ألقاها المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في قسم الدراسات القانونية في معهد الدراسات العربية العاليةسنة١٩٥٥ .

(٢) ولقد استقرأنا هذا الموضوع في كتاب أصول الفقه للمؤلف نفسه فوجدنا فيه نفس الإشكال جاء في ص ٦٩ : « إن الحكمة في تشريع بعض الأحكام قد تكون أمراً خفياً غيرظاهر ، =

٥٨ — (٢) ونفس الأمر نجده في كتاب أصول الفقه للشيخ محمد الخضرى ، فقد علل انتقال الملك فى البيع تارة بالتراضى وطوراً بالمصلحة ، وحيناً بالإثنين :

(ا) جاء فى ص ٣٧٩ من كتابه المذكور : « ومما يشبه هذا الحكم ، ما قاله الحنفية من انعقاد بيع المكره ، فإن العلة الحقيقية فى مبادلة الملكية هى **رضاء المتعاقدين** وقد جعل العقد الصحيح مظنة له ، ووجود الإكراه دليل على انتفاء المئنة . ولكن الحنفية اعتبروا المظنة ، وجعلوا عقد المكره مفيداً للملك بالقبض كبقية البيوع الفاسدة، والجمهور يقولون هذا البيع لا يصلح علة لتبادل الملك، لفقدان العلة الحقيقية ، فلا تأثير له . والنتيجة من انتفاء ما جعلت العلة مظنة له يخرم مناسبتها ، فلا يجعلها صالحة للتعليل ، ولا لربط الحكم الشرعى بها ، لأنها لم تكن مناسبة إلا باعتبار كونها مظنة للمناسب الحقيقى ، فإذا انتفى كونها مظنة قطعاً فى نوع من الأنواع ، انتفى كونها مناسبة » .

(ب) وجاء فى ص ٣٨٠ « شرع البيع مفيداً تبادل الملك بين البائع والمشترى لجلب مصلحة هى **سد الحاجة** » .

(حـ) وجاء فى ص ٣٧٠ : « شرعت المعاوضات لحكمة هى درء مفسدة **الحاجة** فجعل الرضا بالمبادلة علة لها . ولكن الرضا أمر خفى ، لا يمكن أن يجعل علامة للحكم

= أى لا يدرك بحاسة من الحواس الظاهرة ، فلا يمكن التحقق من وجوده ولا من عدم وجوده ، ولا يمكن بناء الحكم عليه ولا ربط وجوده بوجوده وعدمه بعدمه ، مثل إباحة المعاوضات التى حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجتهم ، فالحاجة أمر خفى ، ولا يمكن معرفة أن المعاوضة لحاجة أو لغير حاجة » .

وجاء فى ص ٧٤ : « ولهذا لا يصح التعليل بأمر خفى لا يدرك بحاسة ظاهرة ، لأنه لا يمكن التحقق من وجوده وعدمه .. . فلا يعلل نقل الملكية فى البدلين بتراضى المتبايعين بل يعلل بمظنته الظاهرة وهى الإيجاب والقبول »

وجاء فى ص ٧ : « وإباحة المعاوضات حكمتها دفع الحرج عن الناس بسد حاجتهم وهذه الحكمة أمر خفى فاعتبرت صيغة العقد مناطاً لحكمه ، لأنها أمر ظاهر منضبط وفى جعلها مناطاً مظنة تحقيق الحكمة ، لأن الصيغة عنوان تراضى المتعاوضين بالمعاوضة والشأن فى تراضيهما أن يكون عن حاجتهما إليها ، فحكمة نقل الملكية فى البدلين بالبيع والإجارة سد الحاجة وعلته صيغة عقد البيع أو الإجارة » .

وقول العاقدين « بعت » و « اشتريت » مظنة لحصول **الرضا** ، فجعل مناطاً للحكم وهو انتقال الملك فى البدلين ».

٥٩ — (٣) ونجد أخيراً هذا الإشكال ، فى رسالة قيمة فى « تعليل الأحكام » للشيخ مصطفى الشلبى ، ولقد تعرض المؤلف لهذا الإشكال تعرضاً عابراً وأدلى برأى مقتضب ، لا يتناسب اقتضابه وخطورة هذه المسألة :

جاء فى الرسالة المشار إليها ص١٣٧ : « على أن تمثيلهم للحكمة بمعنى الأمر الخفى مختلف بالنسبة إلى الأفعال : ففى البيع يقولون الحكمة التى هى العلة على الحقيقة هى « الرضا » الذى هو مظنة الحاجة. وفى القتل العمد يقولون: إن « العمدية » هى الحكمة . وهى العلة على الحقيقة . ولما كانت خفية نيط الحكم ، وهو وجوب القصاص ، بالوصف الظاهر ، وهو استعمال الجارح . وهى كما ترى غير مايترتب على الفعل من نفع أو ضرر ، وكان الظاهر أن يقال فى البيع ، أن حكمته هى حاجة الناس إليه ، أو مافيه من نفع . وفى القتل هى إهدار الدماء ، ووقوع النزاع بين الناس ؛ على نهج ماصرحوا به فى الزنا من أن حكمته اختلاط الأنساب وفى السفر المشقة ، وعلى كل حال فالكلام هنا لا يخلو من إشكال » .

٦٠ — ويلاحظ أن صاحب الرسالة قد أدلى برأى غير مسوغ ، وأقر بوجوب الإشكال دون أن يوجد حلا له . وكان مفروضاً فيه الوقوف عند هذا الإشكال ، ما دامت الرسالة تتناول بحث التعليل ، وما دام هذا الاشكال يدخل فى صميم العلة ، ويتناول مجالا هاماً هو مجال التعليل فى التصرفات القانونية

فمن الضرورى إذن أن نعرف على الضبط ما هى الحكمة فى العقود ؟ أهى الباعث على التشريع من مصلحة أو مفسدة ، أم الرضا ؟

للجواب على هذا السؤال ، لابد لنا من إيضاح معانى الحكم فى الفقه الإسلامى . وعلى ضوء هذا الإيضاح يترتب علينا استقراء الكتب الفقهية لمعرفة موقف الفقهاء من ازدواج معنى الحكمة فى الكتب الأصولية . وهل اعتدوا بالمفهومين أم اقتصروا

على مفهوم واحد ؟ . وإذا اقتصر الفقهاء على مفهوم واحد فما هو مصير المفهوم الآخر للحكمة وما هو حكمها ؟ فأمامنا إذن مسائل ثلاث للبحث :

(ا) معانى الحكم

٦١ — (ا) **الحكم في اصطلاح الأصوليين** : الحكم لدى الأصوليين ، نوعان : تكليفى ، ووضعى

فالحكم التكليفى ، هو ما اقتضى طلب فعل من المكلف ، أو كفه عن فعل ، أو تخييره بين فعل والكف عنه [1] .

وأما الحكم الوضعى ، فهو ما اقتضى وضع شيء سببا لشيء ، أو شرطا له ، أو مانعا منه [2] .

---

(١) و (٢) ونورد فيما يلى أمثلة على هذين النوعين من قانون الأحوال الشخصية السورى رقم ٥٩ الصادر عام ١٩٥٣ :

١ — أمثلة عن النوع الأول :

(ا) ما يقصد به طلب فعل من المكلف : « تجبر الزوجة على السفر مع زوجها إلا إذا اشترط فى العقد غير ذلك أو وجد القاضى مانعاً من السفر (م ٧٠) » .

(ب) ما يقصد به كف المكلف عن فعل : « ليس للزوج أن يسكن مع زوجته ضرة لها فى دار واحدة بغير رضاها (م ٦٧) » .

(حـ) وما يقصد به تخيير المكلف : « لكل من الخاطب والمخطوبة العدول عن الخطبة (م ٣) » .

٢ — أمثلة عن النوع الثانى :

(ا) ما جعل سبباً وهو فى مقدور المكلف : « ينعقد الزواج بإيجاب من أحد العاقدين وقبول من الآخر (م ٥) » .

(ب) ما جعل سبباً وهو غير مقدور للمكلف : « يستحق الإرث بموت المورث أو باعتباره ميتاً بحكم القاضى (م ٢٦٠) » .

(حـ) ماجعل شرطاً وهو فى مقدور المكلف : « يشترط فى صحة عقد الزواج حضور شاهدين... (م ١٢) » .

(د) ما جعل شرطاً وهو ليس فى مقدور المكلف : « ليس للقاصر أن يتسلم أمواله قبل بلوغ سن الرشد (م ١٦٤ ف ١) » .

(هـ) ومما جعل مانعاً وهو فى مقدور المكلف : « يمنع من استحقاق الوصية الإختيارية والواجبة قتل الموصى له للموصى قصداً ... (م ٢٢٣) » .

(و) ومما جعل مانعاً وهو فى غير مقدور المكلف : « لا تنفذ الوصية للوارث ولا بما زاد على الثلث إلا إذا أجازها الورثة بعد وفاة الموصى ، وكان المجيز كامل الأهلية (م ٢٣٨ ف ٢) » .

٦٢ (ب) **الحكم في اصطلاح الفقهاء** : يستعمل الفقهاء « حكم العقد » في أحد الأمور الثلاثة الآتية :

٦٣ — (١) فهم تارة يقصدون به الأثر الذى يقتضيه خطاب الشارع فى الفعل كالوجوب والحرمة والإباحة . فقوله تعالى « أوفوا بالعقود » يقتضى وجوب الإيفاء بالعقود . فالنص نفسه هو الحكم فى اصطلاح الأصوليين ، ووجوب الإيفاء هو الحكم فى اصطلاح الفقهاء .

ومن هذا القبيل قول الفقهاء أن حكم الزواج هو واجب أو سنة أو مكروه . وحكم البيع أنه مباح أو مكروه أو حرام ، إلى غير ذلك .

٦٤ — (٢) وتارة يقصدون به ما للعقد من أثر مترتب عليه شرعاً ، فيقولون حكم الزواج أنه يفيد ملك المتعة ، فيتمتع كل من الزوجين بصاحبه . وحكم البيع أنه يفيد المشترى ملك المبيع ، والبائع ملك الثمن . وحكم الحوالة أنها تنقل الدين من ذمة المدين إلى ذمة المحال عليه وهكذا . . .

٦٥ — (٣) وتارة يقصدون به ما يكون للعقد من وصف ، يرجع إلى ترتب آثاره عليه ، أو عدم ترتبها ، والتزام العاقدين به أو عدم التزامهما ، فيقولون إن حكم الزواج أنه باطل لاتترتب آثاره عليه . وحكم هذا البيع أنه موقوف على إجازة ممن له الشأن فيه ، فإن أجازه نفذ وترتبت عليه آثاره ، وإن رفضه بطل ، ولم يترتب عليه أثر . وحكم عقدا لوكالة أنه غير لازم ، لكل من طرفيه أن يستقل بفسخه . وحكم عقد الإجارة أنه لازم ، ليس لأحد طرفيه أن ينفرد بفسخه وهكذا[1]

ويهمنا فى هذا البحث الحكم فى معنييه الأول والثانى .

(٢) الحكمة فى إطلاقها الأول (التراضى) يقابلها الحكم فى معناه الثانى (ثبوت الملكية) :

٦٦ — على أننا إذا رجعنا إلى كتب الفقه وجدنا الفقهاء يحفلون فى عقد البيع

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ الشيخ على الخفيف ، ص ٢١٠ .

بالحكمة فى إطلاقها الأول أى ينظرون إليها على أنها « التراضى » وينظرون إلى الحكم على أنه «ثبوت ملكية الطرفين فى البدلين » .

فقد جاء فى الروض النضير : « ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد أموراً مبنية على فعل قلبى وهو طيبة النفس ورضا القلب ، وكان ذلك أمراً خفياً ، أقام الشارع القول المعبر عما فى النفس مقامه ، وناط به الأحكام ، على ما اعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة مقام الحكم الخفية فى تعلق الأحكام بها[1] » .

وجاء فى البدائع : « أما البيع الصحيح الذى لا خيار فيه فله أحكام . . . أما الحكم الأصلى ... فهو ثبوت الملك للمشترى فى المبيع ، وللبائع الثمن للحال[2] » .

وجاء فى ابن عابدين : « وحكمها [الإجارة] وقوع الملك فى البدين ساعة فساعة[3] » .

وجاء فى الفروق للقرافى : « إن الوصف المعرف للحكم إن كان وصفاً ظاهراً منضبطاً لم يعدل عنه إلى غيره . . . وإن كان وصفاً خفياً ، أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه أما الخفى الذى لا يطلع عليه ، فكالرضا فى انتقال الأموال لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » ، فإن الرضا لما كان أمراً خفياً جعلت الصيغ والأفعال فى بيع المعاطاة قائمة مقامه ، لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها[4] » .

(٣) الحكمة فى إطلاقها الثانى (سد الحاجة) يقابلها الحكم فى معناه الأول (الإباحة) :

٦٧ — فإذا ما نظر إلى الحكمة فى عقد البيع فى إطلاقها الأول أى « التراضى » كان حكمها هو الحكم فى المعنى الثانى السابق أى ثبوت ملكية البائع فى الثمن ، وثبوت ملكية المشترى فى المبيع .

---

(١) الروض النضير ، ج ٣ ، ص ٢٠٥

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٣ .

(٣) الدر المختار ، ج ٦ ، ص ٣ .

(٤) الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ١٧٧ .

وإذا ما نظر إلى الحـكمة فى إطلاقها الثانى ، أى « دفع الحرج وسد حاجات الناس » كان حكمها هو الحـكم فى المعنى الأول أى إباحة المعاوضة .

وعلى هذه النتيجة الأخيرة التى انتهينا إليها ، فى استقرائنا للـكتب الفقهية ، سنستند فى مفهومى « الحـكمة » و « الحـكم » ، اللذين سنشير إليهما فى التفسير الأصولى لضرورة الإظهار .

٦٨ — **التفسير الأصولي** : إذا رجعنا إلى نصوص الأصوليين فى بحث شروط العلة ، نراها تجمع على ضرورة إظهار الإرادة ، لـكى تـكون علة تنتج أثراً . وهم يعزون ضرورة الإظهار إلى خفاء الحـكمة (الإرادة الباطنة) ، وعدم إمكان الإطلاع عليها ، وطوراً إلى خفاء الأثر المترتب عليها .

٦٩ — **خفاء الحـكمة واضطرابها** : قال ابن الحاجب : « ومن شروط العلة أن تـكون وصفاً ضابطاً لحـكمه ، لا حكمة مجردة ، لخفائها أو لعدم انضباطها[1] » .

وقال العضد : « فلو وجدت حكمة مجردة ، وكانت ظاهرة بنفسها منضبطة ، بحيث يمكن اعتبارها ومعرفتها ، جاز اعتبارها وربط الحـكم بها على الأصح ، لأنا نعلم أنها المقصودة قطعاً للشارع ، واعتبر المظنة لأجلها ، لمانع خفائها واضطرابها[2] » .

٧٠ — (ب) **خفاء الأثر** : ويضيف العضد فى موضع آخر من شرحه ، إلى عاملى الخفاء والإضطراب فى عدم اعتبار الإرادة الباطنة عاملاً آخر يتصل لا بخفاء الإرادة نفسها ، بل بخفاء الأثر المتولد عنها . وخفاء هذا الأثر لا يحتاج إلى تدليل ؛ ذلك أن الأثر هو تغيير فى العلائق الشرعية ، وهو فى عقد البيع مثلاً تحول شرعى اعتبارى ينقل المعقود عليه من حال إلى حال . وهذا التحول أمر مجرد لا يدرك بالحس .

ويرى العضد أن الإرادة ، وهى علة ، هدفها تعريف الحـكم . فقد جاء على لسان الأصوليين فى تعريف العلة : إنها المعرّف للحكم . وإذا كانت مهمة العلة كذلك ، كان لابد أن تـكون هذه العلة ظاهرة ، لأن الحـكم خفى ، وليس فى مقدور الخفى أن يعرف الخفى ، بل فى مقدور الظاهر أن يعرفه .

---

(١) ابن الحاجب ، ج ٢ ، شروط العلة .
(٢) الشرح العضدى ، ج ٢ ، ص ٢١٣ .

وعلى مهمة العلة التعريفية هذه ، تبنى ضرورة الإظهار ، وبناء على هذا إن الإرادة الباطنة ليست بمستطيعة وحدها أن تعرف الأثر ، لأن كلا من الإرادة والأثر خفيان ، أما التعبير ، فهو فى مقدوره تعريف الأثر ، لأنه ظاهر ، وفى وسع الظاهر أن يشير إلى الخفى .

قال العضد : « فإن كان الوصف الذى يحصل من ترتب الحكم عليه المقصود خفيا أو غير منضبط ، لم يعتبر ؛ لأنه لا يعلم ، فكيف يعلم به الحكم فالطريق أن يعتبر وصف ظاهر منضبط يلازم ذلك الوصف ، فيوجد بوجوده ويعدم بعدمه ، سواء كانت الملازمة عقلية أم لا . فيجعل معرفا للحكم ، كالمشقة والسفر والقتل العمد العدوان . فإنه مناسب لشرعية القصاص ، لكن وصف العمدية أمر خفى ، لأن القصد وعدمه أمر نفسى لا يدرك شيء منه ، فنيط القصاص بما يلازم العمدية من أفعال مخصوصة ، نقضى فى العرف عليها بكونها عمداً كاستعمال الجارح فى القتل [1] . »

ويلتفت السعد أيضا إلى المهمة التعريفية للعلة فيبنى عليها ضرورة الأظهار .

قال فى حواشيه : « إن العلة لابد أن تكون معرفاً للحكم ، وما يصلح أن يكون معرفاً لابد أن يكون ظاهراً منضبطاً ؛ فالوصف الذى يلزم من ترتب الحكم عليه المقصود ، إن كان ظاهراً منضبطاً ، اعتبر علة ، وإلا لم يعتبر ، بل اعتبر وصف ظاهر منضبط يلازم ذلك الوصف ملازمة عقلية أو عرفية أو عادية ، بمعنى أن ذلك الوصف يوجد بوجود الوصف الظاهر المنضبط ويعدم بعدمه . . . إن الحكمة إن كانت ظاهرة منضبطة ، فالعلة نفسها ، وإلا فملازمها ويعبر عنه بالمظنة ، وذلك لأنه يصدق على الحكمة الظاهرة المنضبطة أنها وصف ظاهر منضبط يحصل من ترتب الحكم عليه مايصلح أن يكون مقصوداً للعقلاء ، وهى الحكمة نفسها [2] . »

٧٧ — ويلاحظ أن التفسير الأصولى يفضى ، وعلى غرار التفسير الأول ، إلى إعطاء الإرادة دوراً راجحاً ، وإعطاء التعبير دوراً مرجوحاً ؛ ونستعرض فيما يلى

---

(١) الشرح العضدى ، ج ٢ ، ص ٢٣٩ .

(٢) نقل عن تعليل الأحكام ، للأستاذ مصطفى الشلبى ، ص ١٣٢ .

نصوصاً أصولية أخرى تقرر هذا الرجحان ، وتعتبر العلة الحقيقية المئنة دون المظنة.

فمن الأصوليين من اعتبر الأولى متبوعة والثانية تابعاً ، جاء فى شرح العضد : « إن الحكمة هى المعتبرة قطعاً ، والوصف معتبر تبعاً لها[1] » .

ومنهم من اعتبر المظنة مجرد ملازم للحكمة ، جاء فى حاشية السعد : « إن الحكمة إن كانت ظاهرة منضبطة فالعلة نفسها ، وإلا فملازمها ويعبر عنه بالمظنة [2] . »

وأشار إبن الهمام فى تحريره إلى أصالة الحكمة واعتبارية المظنة ، قال : « العلة الحقيقية للحكم هى الأمر الخفى المسمى حكمة ، وإن الوصف الظاهر مظنة العلة لا نفس العلة ، لكنهم اصطلحوا على إطلاق العلة عليه [3] » .

جاء فى أصول الفقه للخضرى « إن العلة الحقيقية فى مبادلة الملكية هى رضاء المتعاقدين وقد جعل العقد الصحيح مظنة له [4] » .

وأشار القرافى إلى أهمية الحكمة فى مختصر التنقيح ، قال : « والحكمة هى التى لأجلها صار الوصف علة [5] » .

٧٢ — تقدير التفسير الأصولى : ويلاحظ أن هذه النصوص السابقة جميعها ، تتفق على ثانوية دور التعبير عن الإرادة ، فحيناً تصفه بأنه « تابع » وتارة تصفه بأنه « ملازم » ، وطورا تصفه بأنه « علة اصطلاحية » ، والنتيجة الأولية التى نستخلصها من هذا أن التعبير ليس بعنصر مقوم للارادة بل هو ملازم لها وملازمته ، كما ذكر السعد ، إما أن تكون عقلية أو عرفية أو عادية .

ونتساءل هنا : هل سار الفقهاء على منطق نتائج هذا التفسير ، الذى أعطوه للاظهار أم أنهم خرجوا عنه ؟

سنرى أن الفقهاء لم يلتزموا منطقهم هذا فى الإظهار بل حادوا عنه وعكسوا

---

(١) شرح العضد ، جـ ٢ ، ص ٢١٢ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٣٩ .

(٣) تعليل الأحكام للشلبى ، ص ١٣٣ .

(٤) أصول الفقه للخضرى ، بحث التعريف والموانع .

(٥) مختصر التنقيح ، ص ٣٧٩ .

الضوابط ، فاعتبروا المتبوع « تابعاً » والعلة الحقيقية « علة اصطلاحية » وذهبوا إلى أن الرجوع إلى التابع والعلة الإصطلاحية هو الأصل ، وأن الرجوع إلى المتبوع والعلة الحقيقية هو الاستثناء !

وسيتضح لنا ذلك بوجه خاص إبان دراستنا لدور كل من الإرادة الظاهرة ودور الإرادة الباطنة فى تكوين التصرف .

المبحث الثالث

إنشائية التعبير

٧٣ — إنتهينا مماسبق إلى أن الإظهار ضرورى ، وأن لهذا الإظهار قيمة خاصة . ورأينا أيضاً أن التفسير الأول للإظهار يعتبر التعبير مجرد دليل إثباتى . وأن التفسير الأصولى يعطى التعبير دوراً متواضعاً .

وسنكشف هنا عن قيمة هذا الإظهار ، وعن مدى صحة ما انتهى إليه هذان التفسيران .

فهل حقاً يقتصر دور التعبير على الإخبار ؟ وهل حقاً إن دور التعبير ينحصر فى كونه مجرد تابع أو ملازم ؟

الواقع أن التعبير يحظى بدور هام فى التصرفات القانونية فى الفقه الإسلامى وهذا الدور الهام هو أثر من آثار النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى .

وسنرجع فيما يلى إلى النصوص الفقهية التى ستكشف لنا :

أولا : عن الدور الإنشائى الذى يقوم به الإظهار .

ثانياً : أثر هذا الدور الإنشائى فى توليد التعبير للحكم .

الفرع الأول

دور التعبير الإنشائى

٧٤ — ليست وظيفة التعبير هى مجرد الإخبار عن الإرادة الباطنة . وبلغة علم الكلام نقول إن صيغ العقود ليست مجرد خبر ، بل هى إنشاء أيضاً . وحد الخبر

لدى علماء الكلام ، هو مايحتمل التصديق والتكذيب . أما الإنشاء فهو القول الذى يوجد به مدلوله فى نفس الأمر . ولما كانت القيمة الخاصة للتمييز هى فى هذه القدرة الإنشائية ، فسنتولى شرح مميزاتها فيما يلى بمقارنتها مع الخبر .

٧٥ — وقد عدد القرافى ، مميزات الإنشاء ، فى فروقه ، وحصرها فى أربع ، قال :

« يقع الفرق بين الخبر والإنشاء من أربعة وجوه :

الوجه الأول : أن الإنشاء سبب لمدلوله بخلاف الخبر .

الوجه الثانى : أن الإنشاءات يتبعها مدلولها ، فلا يقع الطلاق والملك إلا بعد صدور صيغة الطلاق والبيع ممن هو أهل . والأخبار تتبع مدلولاتها ، بمعنى أن الخبر تابع لتقرير مخبره فى زمانه . . . لا بمعنى أنه تابع لمخبره فى الوجود .

الوجه الثالث : أن الإنشاء لا يلزمه الصدق والكذب لذاته وإن لزمه للازمة . فلا يحسن أن يقال لمن قال لامرأته : « أنت طالق ثلاثا » صدق ولا كذب إلا إذا أراد الإخبار عن طلاق امرأته ، بخلاف الخبر .

الوجه الرابع : أن الخبر يكفى فيه الوضع الأول فى جميع صوره . والإنشاء لا يقع إلا منقولا عن أصل الوضع فى صيغ العقود والطلاق والعتاق ونحوها[1] فقول الرجل لامرأته « أنت طالق ثلاثاً » لا يفيد طلاقها بالوضع الأول ؛ وإنما صار يفيد الطلاق بسبب النقل العرفى للانشاء عن الإخبار عن طلاقها ثلاثاً ، كما يتفق فى بعض الأحوال إذا سألته امرأته بعد الطلاق ، فيقول لها « أنت طالق ثلاثاً » إعلاماً لها بتقدم الطلاق فلا يلزمه شيء . والقول بأنه يفيد كلا من الإخبار والإنشاء بطريق الاشتراك يضعفه رجحان المجاز على الاشتراك .

---

(١) وخالف الأحناف فى هذا ، وقالوا : إن صيغ العقود إخبارات على أصل وضعها اللغوى . وقد أورد القرافى حججهم مع الرد عليها فى فروقه . وليس لهذا الخلاف الكلامى فيما نعتقد أثر عملى . ذلك أن فقهاء الأحناف يعترفون باتخاذ الشرع للاخبارات اللغوية كإنشاءات شرعية . جاء فى درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٢٧ : « والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للاخبار عن الماضى لغة فى الإنشاء ليدل على التحقق والثبوت » ، وجاء فى التقرير والتحبير ، ج ٢ ص ٢٨٨ : « فهى [الصيغ] إنشاءات لفظها علة لإيجاد معناها » .

وقد يقع الإنشاء لإنشاء الطلب بالوضع اللغوى الأول كالأوامر والنواهى»[1] .

ويهمنا من هذه الوجوه التي ذكرها القرافى . الوجه الأول ، الذى نص فيه على سببية الإنشاء لمدلوله . أو بعبارة أخرى سببية التعبير لآثاره . ولو كان التعبير مجرد إخبار عن الإرادة الباطنة لما كان سبباً لهذه الآثار . بل كان السبب هو الإرادة الداخلية ذاتها التى يخبر عنها .

٧٦ — ويشير ابن القيم إلى مهمة التعبير المزدوجة فيقول : « أن صيغ العقود . . إما إخبارات عما فى النفس من المعانى التى تدل على العقود وانشاءات لحصول العقود فى الخارج . فلفظها موجب لمعناها فى الخارج وهى إخبار عن ما فى النفس من تلك المعانى . ولابد فى صحتها من مطابقة خبرها لمخبرها فإذا لم تكن تلك المعانى فى النفس كانت خبراً كاذبا »[2] .

وجاء أيضا : « إن صيغ العقود إخبارات عن ما فى النفس من المعانى التى هى أصل العقود ومبدأ الحقيقة التى بها يصير اللفظ كلاما معتبراً ، فإنها لا تصير كلاما معتبراً إلا إذا قرنت بمعانيها فتصير إنشاء للعقود والتصرفات من حيث أنها هى التى أثبتت الحكم ، وبها وجد . وإخبارات من حيث دلالتها على المعانى التى فى النفس .

فهى تشبه فى اللفظ أحببت أو أبغضت ، وتشبه فى المعنى قم واقعد »[3] .

٧٧ — على أننا إذا قلنا أن الإنشاء سبب لمدلوله، **فهذه السببية هى مجرد سببية ظاهرية** ، ذلك أن السببية الحقيقية مردها إلى الله تعالى ، فإليه تعالى وحده يعزى إنشاء الأثر ، ولو شاركه صاحب التعبير فى هذا الإنشاء لأدى ذلك إلى الشركة فى الألوهية.

قال صاحب الكشف : « العلة هى عبارة عما يضاف إليه وجوب الحكم ابتداء مثل البيع للملك ، والنكاح للحل . . وما أشبه ذلك . لكن علل الشرع غير موجبة بذواتها وإنما الموجب للأحكام هو الله عز وجل لكن إيجابه لما كان غيباً عنا نسب الوجوب إلى العلل . فصارت موجبة فى حق العباد بجعل صاحب الشرع إياها كذلك ولو جعلنا العلل موجبة بذواتها يؤدى الى الشركة فى الألوهية ، فإن الموجب فى الحقيقة هو الله تعالى »[4].

---

(١) الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٢٤ .
(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٠٥ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) كشف الأسرار للبزدوى ، ج ٤ ، ص ١٧١ .

الفرع الثانى
أثر الإنشاء فى توليد الحكم

٧٨ — إن أحرف التعبير فى الفقه الإسلامى ذات قدرة خلاقة ، فإليها يعزى إحداث الأثر ، وتتوارى الإرادة عن أنظار الفقيه ، ويزهد فى الإلتفات إليها ، عندما يبحث فى سببية الأثر . إن تُكَأَتَه فى هذا البحث ليست النوايا الخفية ، بل الكلمات الملفوظة ، وإن شأن الفقيه فى هذا هو شأن العالم الذى يتفحص خلية حيوانية تحت مجهره ، إنه يحرص على تحليل هذا الكائن المادى الذى يجزئه ، ولكنه يزهد فى بحث الحياة التى تهب الحس والحركة لهذا الكائن .

وإن أوضح دليل على اعتماد الفقهاء على هذا المظهر المادى فى بيان علية الأثر نجده فى دقتهم فى بيان **الوقت الذى ينقدح فيه الاثر** . فلقد أسهب الفقهاء فى بيان هذا الوقت ، وذهبوا فيه مذهبين مختلفين :

١ — فمنهم من ذهب إلى أن الأثر الشرعى ينقدح **مع** المظهر المادى ، فتكون العلة مقارنة للمعلول .

٢ — ومنهم من ذهب إلى أن الأثر الشرعى ينقدح **عقيب** المظهر المادى ، فتكون العلة متأخرة عن المعلول .

٧٩ — (أ) استند **الأولون** فى مذهبهم إلى **قياس العلة الشرعية على العلة العقلية** . وتمسكوا فى ذلك بأن الأصل اتفاق الشرع والعقل ، فكما أن الاحتراق ، وهو معلول لعلة عقلية ، وهى النار ، لا يوجد إلا حال وجود العلة ، فكذلك الأثر ، وهو معلول لعلة شرعية ، وهى الصيغة ، لا يوجد إلا حال وجود الصيغة . هذا وقد برزت أمام الفقهاء عقبة فى قياسهم هذا ، تلك هى تعذر وجود الصيغة بجملتها دفعة واحدة . فالصيغة ، وهى علة شرعية ، لا توجد دفعة واحدة ، بل تظهر متتابعة متدرجة . وإذا أمكن انقداح النار طفرة مع علتها الفورية ، فكيف يتسنى للأثر الشرعى أن ينقدح طفرة مع علته المتدرجة ؟

تغلب الفقهاء على هذه العقبة بإيجاد حيلة قدروا بموجبها انقداح الأثر مع آخر

حرف من حروف الصيغة على اعتباره قائماً مقامها حكما . واستندوا فى ذلك إلى حجة كلامية مآلها : « إن وجود آخر حرف هو الوجود الممكن فى الصيغة ، لأنها مصادر سيالة ، يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفى بوجود آخر حرف منها[1] » . وورد فى المذهب الشافعى حجة عملية أخرى مآلها : « إن من سمع حرفاً من آخر حروف الكلمة ، فإنه يحكم على مطلقها بموجبها عند آخر حرف من حروفها » .

وقد ذهب إلى هذا الرأى الجمهور فى المذهب الحنفى ، وأبو إسحق الإسفراينى فى المذهب المالكى ، والأشعرى والحذاق من أصحاب الشافعى فى المذهب الشافعى .

٨٠ – (٢) وذهب الفريق الآخر إلى **التمييز بين العلة الشرعية والعلة العقلية** فقالوا : المعلول يقارن العقلية ، ويتأخر عن الشرعية . وحجتهم فى ذلك أن العلل الشرعية « فى نفسها بمنزلة الأعيان ، بدليل قبولها الفسخ بعد أزمنة متطاولة ، كفسخ البيع والإجارة مثلا[2] » . أما العلل العقلية « فإنها عرض ، لا يبقى زمانين ، فلو لم يكن الفعل معها ، لزم وجود المعلول بلا علة ، أو خلو العلة عن المعلول[3] » .

ويبدو أن الرأى الأول هو الراجح ، وأما الحجج التى أدلى بها أصحاب الرأى الثانى فقد فندها الأولون وقالوا فى الرد عليها :

« وأما بقاء العلل الشرعية حقيقة كالعقود مثلا ، فلا خفاء فى بطلانه ، فإنها كلمات لا يتصور حدوث حرف منها حال قيام حرف آخر ، والفسخ إنما يرد على الحكم دون العقد ، ولو سلم ، فالحكم ببقائها ضرورى ، ثبت دفعاً للحاجة إلى الفسخ ، فلا يثبت فى حق غير الفسخ[4] » .

ونورد فيما يلى نصوصاً ثلاثة من الفقه الإسلامى تصور بجلاء ما تقدم إيجازه :

(ا) جاء فى قواعد ابن رجب :

قاعدة فى بيان الوقت الذى يثبت فيه أحكام الأسباب من المعاملات . للأسباب مع أحكامها أحوال :

---

(١) الفروق للقرافى ، ج ٣ ، ص ٢١٨

(٢) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٣١ — ١٣٢

(٣) المرجع السابق .

(٤) المرجع السابق .

أحدها : ما تقترن أحكامه بأسبابه كالأفعال .

الثانية : ما يتقدم أحكامه على أسبابه .

الثالثة . ما اختلف فى وقت ترتيب أحكامه على أسبابه وهو منقسم إلى: (ا) ما يتعجل أحكامه ، (ب) وإلى ما يتأخر عنه بعض أحكامه .

(١) فأما **الافعال فتقترن أحكامها بها** ولذلك أمثلة :

أحدها : حيازة المباح بالإستيلاء على الحشيش ، والحطب ، والمعادن ، والمياه ، والصيود بالأخذ بالأيدى ، أو بالشباك ، أو الإثبات بالرمى بالسهام ، أو بالطعن بالرماح .

المثال الثانى : قتل الكفار ، فإنه يقترن به استحقاق الأسلاب .

المثال الثالث : الخمر والزنا وقطع الطريق تترتب عليها حدودها . . .

المثال الرابع : ما يتعلق عليه طلاق أو إعتاق كالأكل والشرب ودخول الدار فإن أحكامه تترتب عليه مقرونة به .

(٢) وأما **ما يتقدم أحكامه على أسبابه** ، فله أمثلة :

أحدها : إذا تلف المبيع قبل القبض ، فإن البيع ينفسخ بالتلف قبيل التلف ، لتعذر اقترانه به ، ووقوعه بعده ، لأن الإنفساخ انقلاب الملكين إلى باذليهما ، ولا يتصور انقلاب الملكين بعد تلف المبيع ، لأنه خرج عن أن يكون مملوكاً ، فيتعين انقلابه إلى ملك البائع قبيل تلفه ، وكذلك تجب مؤنة تجهيزه وتكفينه على بائعه .

المثال الثانى : قتل الخطأ وله حكمان : أحدهما ما يقترن به، وهو وجوب الكفارة . الثانى : ما يتقدم عليه ، وهو وجوب الدية لتكون موروثة عنه على فرائض الله تعالى فتقضى منها ديونه ، وتنفذ وصاياه ، لأنه أحق ببدل نفسه من ورثته ...

المثال الثالث : إذا قال لغيره : إعتق عبدك عنى مجاناً أو بعوض سماه ، فأعتقه عنه فإنه يملكه قبيل عتقه ، ثم يعتق بعد ذلك . .

المثال الرابع : إذا حكمنا بزوال ملك البائع فى مدة الخيار ، فأعتق العبد المبيع فإنه يملكه بالإعتاق ملكاً متقدماً على الإعتاق ، كيلا يقع الإعتاق فى غير ملك المعتق ...

(٣) وأما **ما اختلف فى وقت ترتيب احكامه علىاسبابه** ، فهو الأسباب القولية وهو منقسم إلى :

ا — مايستقل به المتكلم .

ب — وإلى ما لا يتم إلا بالجواب

(ا) فأما **مايستقل به المتكلم** فـكالأبراء ، وطلاق الثلاث قبل الدخول، والعتاق، والرجعـة .

والأصح أن أحكام هذه الألفاظ **تقترن بآخر حرف من حروفها** .

فتقترن الحرية بالراء من قوله «أنت حر» . والطلاق بالقاف من قوله «أنت طالق» . والإبراء بالميم من قوله « أبرأتك من درهم » . ولو قال خصمه « أبرأتنى من درهم » فقال « أبرأتك » اقترنت البراءة بالـكاف من قوله أبرأتك وكذلك الرجعة تعود أحكام النـكاح مع آخر حرف من حروفها .

وهذا اختيار الأشعرى والحذاق من أصحاب الشافعى . وهذا مطرد فى جميع الألفاظ كالأمر والنهى وغيرها . فإذا قال « أقعد » كان أمراً مع الدال من قوله أقعد . وإذا قال « لا تقعد » كان نهياً مع الدال من قوله لا تقعد . وكذلك الأقارير والشهادات وأحكام الحـكام .

وقال بعض أصحاب الشافعى : لاتقترن هذه بشىء من هذه الألفاظ ، بل تقع عقيبها من غير تخلل زمان ، ويدل على الإقتران ، أن من سمع حرفا من آخر حروف الـكلمة ، فإنه يحكم على مطلقها بموجبها عند آخر حرف من حروفها .

(ب) وأما **مايفتقر الى الجواب** فكالمعاوضات ، وغيرها من المحاورات ، والأصح **اقتران احكامها بآخر حرف من حروفها** .

— فإذا قال « بعتك هذه الدار بألف » اقترنت صحة البيع بالتاء من قوله « قبلت » على الأصح .

— ولو قال « بعنيها بألف » فقال « بعتك » انعقد البيع مع الـكاف على الأصح

وكذلك لو قال « زوجتك ابنتى » فقال « قبلت » انعقد النكاح مع التاء

من قوله قبلت ، إن قلنا لا يفتقر إلى إن يقول « قبلت نكاحها » ، وإن قلنا يفتقر إلى ذلك ، انعقد مع الألف من نكاحها .

— ولو قال لزوجته « أنت طالق إن شئت » فقالت « شئت » وقع الطلاق مع التاء من قولها شئت .

وأما ما يتعجل أحكامه ويتأخر عنه بعض أحكامه فله أمثلة . أحدها البيع ، ويقترن الانعقاد والصحة بآخر حروفه على الأصح ، ويتراخى لزومه إلى الإجازة والإفتراق وانقضاء خيار الشرط [1] . »

(ب) وجاء فى الفروق للقرافى :

« الفرق بين قاعدة الأسباب العقلية وبين قاعدة الأسباب الشرعية نحو بعت واشتريت وأنت طالق وأعتقت ونحوه . . .

(١) قال الأستاذ أبو إسحق الأسفر ايني رحمه الله يثبت سبب هذا القسم مع آخر حرف منه تشبيهاللأسباب الشرعية بالعلل العقلية ، لأن العلل العقلية لا توجب معلولها إلا حالة وجودها ، وإذا عدمت لا يوجد معلولها ، كالعلم مع العالمية ، والإرادة مع المريدية من العقليات ، والنار مع الإحتراق ، والماء مع الإرواء من العاديات ، فكذلك هذه الأسباب الشرعيات ، إذا عدم آخر جزء منها ، عدمت جملتها ، فلا ينبغى أن توجب حينئذ حكماً ، بل نقدر مسببات هذه الأسباب مع آخر حروفها ، حتى يتحقق المسبب حالة وجود سببه ، لا حالة عدمه ؛ لأن وجود آخر حرف ، هو الوجود الممكن فى الصيغ ، لأنها مصادر سيّالة ، يستحيل وجودها بجملتها ، فيكتفى بوجود آخر حرف منها ، لأنه القدر الممكن فيها ، فيحصل به الشبه بين العقليات والشرعيات .

(٢) وقال غيره من العلماء بل ينبغى أن لا يكون تقدير مسببات هذه إلا عقيب آخر حرف ، وإن عدمت جملة الصيغة ، لأن السبب إنما يتحقق عادة حينئذ [2] . »

---

(١) قواعد ابن رجب ، ج ٢ ، ص ٨١ — ص ٨٣ .
(٢) الفروق للقرافى ، ج ٣ ، ص ٢١٨ .

(ح) وجاء فى التلويح على التوضيح :

« لا نزاع فى تقدم العلة على المعلول ، بمعنى احتياجه إليها ، ويسمى التقدم بالعلية . ولا فى مقارنة العلة التامة العقلية لمعلولها بالزمان ، كيلا يلزم التخلف .

(١) وأما فى العلل الشرعية ، فالجمهور على أنه تجب المقارنة بالزمان ، إذ لو جاز التخلف ، لما صح الإستدلال بثبوت العلة على ثبوت الحكم ، وحينئذ يبطل غرض الشارع من وضع العلل للأحكام .

(٢) وفرق بعض المشايخ كأبى بكر محمد بن الفضل وغيره بين الشرعية والعقلية ، فجوز فى الشرعية تأخر الحكم عنها[1] .»[2] .

٨١ — إن تأمل النصوص السابقة ينتهى بنا إلى النتيجتين الآتيتين :

أنها تكشف لنا بوضوح عن الصفة الخلاقة التى يسندها الفقهاء لصيغ العقود .

وهى تشير ثانياً إلى عدم تقيد الفقه الإسلامى بفكرة السبب الفلسفية التى تحتم وقوع المسبب بعد السبب . إننا نلمس عدم التقيد هذا فى تقسيم العز بن عبد السلام للأسباب إلى أسباب تقارن مسبباتها وأسباب تتأخر عن مسبباتها[3] .

---

(١) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٣٢ .

(٢) ونحن نجد لدى الفقهاء نفس الدقة فى بيانهم لوقت انقداح الأثر فى صيغ العبادات ، فقد جاء فى دليل المسافر (ص ٦٤ ، سطر ٢٨) : « ولا يحصل الإنعقاد [الصلاة] إلا بتمام التكبير بدليل أنه لو رأى المتيمم الماء قبل تمام التكبير بطل تيممه » .

(٣) يلاحظ أن الفقه الحديث يزهد فى الدقة التى التزمها الفقهاء فى بيانهم لوقت انقداح الأثر . والظاهر أن الفقه الحديث ينحاز إلى جانب الرأى الثانى المرجوح الذى أشرنا إليه فى المتن ، والذى يميز بين العلة الشرعية والعلة العقلية ، ويجعل انقداح الأثر لاحقاً للعلة لا مقارناً لها . جاء فى نظرية الإلتزام العامة للدكتور عبد الحى حجازى (ف ٢٨ ، ص ٢٣) : « والواقعة القانونية هى حدث يرتب عليه القانون نتائج قانونية . هذه الواقعة قد تكون واقعة طبيعية كمرور الزمن أو الموت ، وقد تكون إرادية كجريمة أو عمل مشروع أو عقد . ويلاحظ أن قانونية الواقعة هى صفة بعدية بمعنى أن الآثار القانونية لا تترتب عليها إلا بعد وقوعها . »

الفصل الثاني
إعلام الإرادة

المبحث الأول
الإيذان المقرر والإعلام المنشيء

٨٢ — *مشكلة درجة إظهار التعبير* : سبق أن قررنا أن النية المضمرة فى الفقه الإسلامى ليست بذات وجود شرعى ، وأنه لابد من إظهارها لكى تولد آثارها . ونتساءل الآن عن درجة هذا الإظهار المطلوب لتوليد الآثار . فهل يكفى مجرد إظهار الإرادة إلى وضح النهار لكى تعمل ، أم لا بد لها من اجتياز مراحل متعاقبة ؟ الواقع أن عملية الإظهار ليست بالعملية البسيطة ، بل هى قد تتضمن ظواهر متعاقبة . فدون الوصول إلى مرحلة القبول من المخاطَب ، يمكن للتعبير أن يظهر من المخاطِب ، ثم يصدر إلى المخاطَب ، فيصل إليه ، ثم يعلم هذا الأخير بهذا التعبير[1] . ففى الإيجاب مثلا بالمكاتبة لشخص غائب ، يكون إظهار التعبير بتدوينه على المكتوب . أما إرساله بالبريد فهو التصدير . وهاتان المرحلتان تتمان فى نطاق المخاطِب . وفى مرحلة المخاطَب، يمكننا أن نميز بين مرحلتين : وصول المكتوب ، ثم العلم به .[2]

٨٣ — *الإيذان المقرر* : على أن هذه المراحل التى يقتضيها توجيه التعبير أحياناً ليست بضرورة لازمة لكل إظهار ، بل ثمة من التعابير مالا يتطلب الشارع فيه أن يوجه إلى شخص آخر ، بل يكتفى فيه بمجرد الظهور لكى ينتج آثاره الشرعية بصورة نهائية لارجعة فيها . والإرادة فى هذه الحالة تكون لها قيمة ذاتية ، ولو لم تعلم الى المخاطَب . وإذ فرض وأعلم الشخص المقصود بهذه الإرادة ، فالإعلام فى هذه الحالة يكون مقرراً لا منشئاً ، لأنه تم بعد تكون الإرادة . ونحن نرى إطلاق تسمية « الإيذان » على هذا النوع من الإعلام . وكمثال على هذا النوع من التعابير التى تتم قبل إيذانها ،

(١) فون تور ، ج ١ ، ف ٢٢ . سالى ، التعبير ، ف ٢ ، ص ١٣٠ .
(٢) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٣٨ ، ص ١٣٣ .

تورد الوصية التى يكفى ظهورها إلى وضح النهار لـكى تـكون نافذة ، وحتى لو جهل وجودها الورثة أو الموصى له نفسه .

٨٤ — **الإعلام المنشىء** . ومن التعابير ما لا يكتفى الشارع فيه بمجرد الإظهار ، بل يحتم فوق ذلك أن يتخذ وجهة معينة ، من طريق توجيهه إلى شخص معين ، وإعلامه به ، وعندئذ يكون علم هذا الشخص بالتعبير جزءا منه ، لا يتم وجوده الشرعى إلا به ، ولا يتسنى للتعبير أن تنقدح آثاره إلا بوجود هذا الجزء المتمم . وهذا الإعلام الذى يكون جزءا من مجمـــوع العناصر التى يتوقف على توافرها إحداث الأثر يسمى إعلاماً ضرورياً أو جوهرياً أو منشئاً[1] . فنى عزل الوكيل مثلا حيث يعتبر الإعلام

---

(١) يلاحظ هنا أنه قد اختلف فى تسمية الاصطلاح الإفرنسى La notification ، فقد أطلق عليه الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى تسمية « الإعلان » (انظر النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ج ٢ ، ص ١٤٦ وما بعدها) . وأطلق عليه الدكتور وليام سليمان قلادة تسمية « الإعلام » (انظر التعبير عن الإرادة للدكتور وليام سليمان قلاده ، ف ٤١ ، ص ١٣٨) . ولعل الدكتور حجازى قد طاوع فى تسمية « الإعلان » ما جرت عليه المادة ٧١٦ من القانون المدنى المصرى (٦٨٢ مدنى سورى) التى جاء فيها « إن تنازل الوكيل عن الوكالة لا يتم إلا بإعلانه للموكل » . ونحن نرى أن تسمية « الإعلام » هى أليق بمدلول الإصطلاح الأجنبى من تسمية « الإعلان » ؛ ذلك لأن فقهاءنا يقصدون بالإعلام نفس المدلول الذى يقصده الفقه الغربى منه . أما « الإعلان » فإنهم يقصدون به العلنية والاستفاضة ويجعلونه مقابلا للاسرار والكتمان . وهو كما ترى يغاير مفهوم الفقه الغربى من اصطلاحه . جاء فى البدائع (ج ٧ ، ص ١٩٣) : ولا خلاف فى أن العلم بالإذن شرط لصحة الإذن ... لأن الإذن هو الإعلام قال الله تعالى : « وأذان من الله ورسوله » أى إعلام . والفعل لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالعلم . » أضف إلى ذلك أن فقهاء قد درجوا على تسمية النظرية التى تعتبر العقد تاماً بمجرد صدور القبول دون أن تستلزم إعلامه إلى الموجب بنظرية الإعلان Declaration (راجع مصادر الحق للسنهورى ، ج ٢ ، ص ٥٤) وواضح أن الذهاب إلى أن المراد بلفظ « الإعلان » الإعلام المنشىء يتعارض مع إطلاق تسمية الإعلان على النظرية التى لا تتطلب هذا الإعلام . ويلاحظ أن الدكتور حجازى قد تحاشى هذا اللبس عندما أطلق على هذه النظرية الأخيرة تسمية نظرية التعبير ، على أن هذا الإطلاق قد يدعو فى دوره إلى اللبس بينها وبين نظرية الإرادة الظاهرة التى أطلق عليها المؤلف نفسه تسمية مذهب التعبير (راجع حجازى ، ف ٤٩ و ٦٦ و ٣١١) . ونحن نرى بالإضافة إلى ما تقدم تخصيص كلمة « الإيذان » بالإعلام المقرر ؛ لأن لهذا التنويع فى التسمية أثراً فى اختلاف مدلول المسمى ، كما سنرى عند دراستنا للتمييز الهام بين إعلام الارادة وإيذان الواقعة ، ولأن كلمة « الإيذان » قد وردت على لسان الفقهاء بمعنى « الإعلام » جاء فى رد المحتار (ج ١ ، ص ٣٥٥ ، س ٣١) : « قال فى القاموس : آذنه الأمر ، وبه ، أعلمه ... فالآذان اسم مصدر ... وشرعاً إعلام مخصوص ... قال فى الدرر ويطلق على الألفاظ المخصوصة أى التى يحصل بها الإعلام من إطلاق اسم المسبب على السبب » .

ضروريا ،لا يعتبر الوكيل معزولا ما لم يتم علمه بعزل الموكل ، وقبل ذلك تعتبر الوكالة قائمة ، وتصرفات الوكيل نافذة فى حق الموكل .

والشارع هو الذى يعين عادة درجة إظهار التعبير اللازمة لـكى توجد الإرادة ، وتنتج آثارها وهو الذى يعين ، طبقاً لطبيعة التعبير وطبيعة الأثر ، اللحظة التى تعتبر عندها الإرادة جدية . أى يعين متى تعتبر فى حق من صدرت منه باتة لايمكن الرجوع فيها ، ومتى يعتبر إظهارها كافياً لسريان آثارها قبل الغير[1] .

٨٥ — **تقسيم التعبيرات** : وعلى ضوء ماتقدم نستطيع أن نشير إلى تمييز جوهرى فى الفقه الإسلامى بين التعابير التى يتحتم فيها الإعلام ، بمعنى أن علم الغير بها يكون منشئاً وضرورياً،وتعابير تكون فى غنى عن هذا العلم، ولايكون فيها للاعلام(الايذان) إلا أثر مقرر . وهذ التمييز بين هذين النوعين من التعابير يمكن استخلاصه من نصوص الفقه الإسلامى ، وإن كان الفقهاء لم يشيروا إليه صراحة . ونتساءل الآن عن التسمية التى يمكن أن نطلقها على هذين النوعين من التعابير ؟

٨٦ — اختلاف الفقهاء فى تسمية التعابير التى يكون فيها الإعلام ضرورياً بحسب نظرتهم إلى هذه المرحلة أو تلك من مراحل التعبير. فقدرجح البعض دورمن أصدر التعبير وأطلق عليه إسم **التعبير الذى يجب أن يوجه الى شخص آخر .** La déclaration qui doit étre adressée à un autre ورجح البعض الآخر دور من يتلقى التعبير وأطلق عليه اسم **التعبير واجب التسلم** déclaration réceptice أو déclaration soumise à récéption وهذه التسمية الأخيرة هى التى أخذبها زيتلمان Zitelmann أول من أوجد التفرقة بين هذين النوعين من التعابير ، وهى التسمية السائدة فى الفقه الألمانى[2] ، وفى الفقهين الإفرنسى والإيطالى[3]. وقدأخذ بها من فقهاء الجمهورية العربية المتحدةالأستاذ الدكتور عبدالحى

---

(١) دورما ، رقم ٤٨ ، وجاء فى فتح القدير (جـ ٥ ، ص ١٢٢ — ١٢٣) : « إن كون الشرع أثبت حكم التصرف على الآخر بغير علمه فى خيار المخيرة يقتضى أن الشرع لا يوقف صحة التصرف على علم الآخر فى ثبوت حكمه فى حقه » .

(٢) وتسمى فى الفقه الألمانى **empfangsbedurftige.**

(٣) وتسمى فى الفقه الإيطالى **dichiarazioni recettizie**

حجازى[1] . أما التسمية الأولى فقد اختارها الدكتور وليام سليمان قلادة[2] وأيد ترجيحه لها بمسوغات ثلاث جاء فيها :

« ونحن نفضل التسمية الأولى ، ولذلك وصفنا التعبير بأنه موجه ، لأن هذه التسمية التى أقرها القانون الألمانى فى مختلف نصوصه ، ولأن التوجيه هو الذى يؤكد الطبيعة الإرادية لهذا النوع من التعابير . فقد ذكرنا أن العمل الإرادى فى الإعلام هو التصدير . ومن ناحية ثالثة : فإن الإصــدار الذى يكمل به التوجيه يكون مرحلة حاسمة فى تاريخ هذا التعبير ، لأنه من الممكن بعد الإصدار أن تستمر حياة التعبير ، ولو اختفى من أصدره . فلو مات هذا الأخير قبل الإصدار سقط التعبير ، أما لو مات بعده أو نقصت أهليته ، فإن التعبيربنتج أثره بمجرد اتصاله بعلم من وجه إليه[3] . »

٨٧ — ونحن لا نوافق المؤلف على ماذهب إليه من أن الإصدار « يكون مرحلة حاسمة فى تاريخ التعبير الموجه » وأن هذا الإصدار هو الذى يمنحه الحياة كما تفيده جملة « لأنه من الممكن بعد الأصدار أن تستمر حياة التعبير » ، بل إن المرحلة الحاسمة فى نظرنا فى تاريخ هذ التعبير هو مرحلة تلقى المخاطَب له ، وإن ما يمنحه الحياة ليس هو إصداره ، بل هو هذا التلقى نفسه ، فمنده فقط تنقدح آثار هذا التعبير ، وقبله يكون التعبير ــ وكما يعترف المؤلف فى أكثر من موضع ــ نية مضمرة لم يتم التعبير عنها تعبيراً قانونياً كاملا[4] . ولقد قال بحق الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى : « إن التسمية

---

(١) النظرية العامة للالتزام ، ج ١ ، ف ٢٩٤ ، ص ٢١٣ . وراجع الطبعة الأولى عام ١٩٥٣ ص ١٤٨

ويلاحظ أن الدكتور أحمد حشمة أبو ستيت قد ارتضى هذه التسمية فى كتابه نظرية الإلتزام ، راجع هامش ف ٨٤ ، ص ٨٤ وهامش ف ٢٥٢ ، ص ٢٦٣ من الـكتاب المذكور .

(٢) أنظر التعبير عن الإرادة للدكتور وايام سليمان قلاده ، ف ٤٤ ، هامش ص ١٤٦ .

(٣) المرجع السابق

(٤) المرجع السابق ، ف ٤٣ ، ص ١٤٠ ، وراجع دورما ، ف ١٢٧ . ويشير أستاذنا السنهورى إلى أهمية مرحلة التلقى فى صــدد بيانه للتمييز بين الوجود الفعلى للتعبير ووجوده القانونى حيث يقول : « التعبير يكون له وجود فعلى بمجرد صــدوره ، ولــكنه لا يكون له وجود قانونى إلا إذا وصل الى علم من وجه إليه . العبرة فى التعبير بوجوده القانونى ، لأن هــذا الوجود وحده هو الذى تترتب عليه الآثار القانونية للتعبير . وهــذا هو المعنى المقصود من إنتاج التعبير لأثره (الوسيط ، ج ١ ، ف ٨١) » .

الأخيرة أولى لأن فكرة التوجيه إلى شخص معين ، وهى التى تقوم عليها التسمية الأولى لاتستلزم التسلم باعتباره عنصرا جوهرياً فى التعبير . أما التسلم ، فلكونه لاحقاً على التوجيه ، فهو يتضمنه على نحو ما تتضمن فكرة المسبب فكرة السبب [1] » .

ونحن نجنح بدورنا إلى التسمية التى أعطاها زيتلمان لهذا النوع من التعابير . ولكننا فى نفس الوقت لا نوافق على التسمية العربية التى أعطاها الأستاذ الجليل الدكتور عبد الحى حجازى لتلك التسمية ، ونؤثر عليها تسمية « **التعبير المتلقى** » على أن يقابل النوع الآخر من التعابير تسمية « **التعبير الملقى** » [2]

---

(١) النظرية العامة للالتزام ، ج ٢ ، ص ١٤٨ .

(٢) نبين فيما يلى الأسباب التى دعتنا إلى إيثار تسمية (التعبير الملقى والتعبير المتلقى) على تسمية (التعبير غير واجب التسلم والتعبير واجب التسلم) التى اختارها الأستاذ الدكتور عبد الحى حجازى :

السبب الأول ، لفظى : ذلك أن التسمية المختارة تتيح لنا استعمال لفظ واحد بدلا من ألفاظ متعددة (أ) فبدلا من أن نقول مثلا « التعبير واجب التسلم » نقول « التعبير المتلقى » (ب) وبدلا من أن نقول « الموجه إليه التعبير واجب التسلم » نقول « المخاطب بالتعبير المتلقى » . (جـ) وفى تعريب الإصطلاحين **le caractère réceptice** و **le caractère non réceptice** نستعمل « صفة التلقى » و « صفة الإلقاء » بدلا من « صفة التعبير واجب التسلم » و « صفة التعبير غير واجب التسلم » .

السبب الثانى ، لغوى : إن لفظ التسلم يطلق على الأشياء المادية وهو بمعنى القبض ، أما لفظ التلقى فيطلق على الأشياء المجردة فيقال « تلقيت الخبر » . وكذلك لفظ الإلقاء قد يطلق على الأشياء غير المحسوسة ، جاء فى القرآن الكريم : « تلقون إليهم بالمودة وقد كفروا بما جاءكم من الحق » . « وكلمة ألقاها إلى مريم وروح منه » . « أألقى الذكر عليه من بيننا بل هو كذاب أشر » . « ولا تقولوا لمن ألقى إليكم السلام لست مؤمناً » .

السبب الثالث : إن تسمية التعبير الملقى هى تسمية مباشرة ، أما تسمية التعبير غير واجب التسلم فهى تسمية بطريق الاستبعاد ، والتسمية الأولى أرجح .

السبب الأخير وهو الأهم إن التسمية بواجب التسلم لا تتفق إلا مع نظرية الوصول **Système de réception** — وهى التى لا تتطلب العلم الحقيقى للموجب بل تكتفى بعلمه الحكمى بالقبول لكى يتم العقد بين الغائبين — وهى لا تتفق مع نظرية العلم **Système d'information** التى تتطلب العلم الحقيقى بالتعبير لا بمجرد وصوله وتسلمه . والتسمية المنتقدة تجافى مؤدى نظريتى الوصول والعلم حتى فى التعاقد بين حاضرين ، ذلك لأن نظرية الوصول تقتضى تسلم التعبير ، وليس ثمة تسلم للتعبير بين حاضرين كما تفيده التسمية المنتقدة . ونظرية العلم تقتضى العلم به ، وليست التسمية المنتقدة تفيد وجوب هذا العلم . أما التسمية المختارة فهى أليق بنظريتى الوصول والعلم ، وسواء كان التعاقد بين حاضرين أو بين غائبين ، لأن مفهوم التلقى بما يتضمنه من مرونة ، يشمل مفهومى العلم الحكمى والعلم الحقيقى . =

٨٨ — **إعلام الإرادة وإيذان الواقعة** : قلنا إن بعض التعابير يستلزم مرحلة لاحقة لإظهاره . وهذه المرحلة قد تدعى « إعلاما منشئاً » كما لو كانت أصيلة فى التعبير لا يتم بدونها . وقد تكون « إيذاناً مقرراً » كما لو كانت لصيقة بالتعبير لا مساس لها بقيمته الذاتية . وفى كل من هاتين المرحلتين نكون أمام عمل يقوم به صاحب التعبير من أجل أن يصل به المضمون إلى علم أو إذن الطرف الآخر[1] .

وسنرى أن هذا المضمون ليس واحدا فى حالتى الإيذان والإعلام . فهو فى الأول تصرف قانونى أو واقعة مادية تما قبل تحقق الإعلام ودون تدخله . وهو فى الثانى دوماً إرادة محضة ، يكون الإعلام جزءاً لا يتجزأ منها ، وتفصيل ذلك فيما يلى :

٨٩ — **إيذان الواقعة** : قلنا إن مضمون الإيذان فى هذه الحالة قد يكون واقعة مادية أو تصرفاً قانونياً تما قبله ، وبدونه . وعندها تكون مهمة الإيذان مجرد الكشف أو التقرير عن هذا التصرف أو تلك الواقعة . ونبحث فيما يلى هاتين الحالتين :

(ا) إيذان الواقعة المادية : وهى كإيذان البائع المشترى بأنه خلى بينه وبين المبيع وإيذان الشفيع بواقعة بيع العقار المشفوع فيه ، وإيذان الوكيل بوفاة موكله ، وإيذان الملتقط بواقعة عثوره على اللقطة ، وإيذان البكر بواقعة بلوغها ، وإيذان المطلقة بانتهاء عدتها . ففى هذه الأحوال جميعاً يكون للواقعة التى تمت قبل وقوع الإيذان وجود مستقل عن الإيذان . وقد تولد آثارها جميعاً بدونه[2] . على أن القانون

= ويلاحظ أن الدكتور عبد الحى حجازى قد ذكر فى مقدمة الجزء الأول من كتابه النظرية العامة للالتزام أن الذى دفعه إلى استعمال هذا الإصطلاح هو نص المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى التى تقول : « ينتج التعبير عن الإرادة أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . » وأنه لولا وجود هذه المادة لما كانت به حاجة إلى استعمال هذا الإصطلاح . وعندى أنه لاعلاقة بين هذا الإصطلاح والمادة ٩١ ؛ ذلك لأن تقسيم التعابير إلى ملق ومتلق هو تقسيم علمى ضرورى يكشف الحاجة إليه استقراء التعابير المبثوثة فى القانون (راجع مثلا نص المادة ٧١٦ مدنى مصرى التى تنص على أن تنازل الوكيل عن الوكالة لا يتم إلا بإعلانه للموكل انظر أيضاً المادة ٦٨٢ مدنى سورى) ؟ أضف إلى ذلك أن القانون المدنى السورى ، إذا كان خلواً من المادة ٩١ ، فهل معنى ذلك أن الفقه السورى هو فى غنى عن هذا التقسيم ؟ !

(١) دورما ف ٥٠ ، ٥١ وما بعدها .

(٢) حجازى ، ج ٢ ، ص ١٤٧ .

يستلزم أحياناً هذا الإيذان لترتيب بعض آثارها ، ولـكن هذا لا ينفى أن مضمون الإيذان هنا واقعة تمت قبل إجرائه .

(ب) إيذان واقعة التصرف : وقد يكون مضمون الإيذان تصرفاً قانونياً تم من قبل ، كما هو الحال فى إيذان المدين حوالة الدين . فهذا الإيذان لا يكون عنصراً فى التصرف، فليست النية هنا هى مضمون الإيذان ، ولـكنه التصرف التام ، لأن التصرف استكمل ركنيه المنوى والمادى من قبل، وما يرد عليه الإيذان هو التصرف الموجود، ولهذا يمكن القول بأن مضمون هذا الإيذان ليس إلا واقعة قانونية .

هذان النوعان من الإيذان — إيذان الواقعة التى نشأت دون تدخل من الإرادة وإيذان التصرف التام — يشتركان فى صفة واحدة هى أن وجود الواقعة تحقق قبل الإيذان ، ودون تدخله فى هذه الحالات، ومهما تـكن الآثار التى تترتب على الإيذان، فإن كلا من المضمون والإيذان يكون ظاهرة مستقلة تماماً عن الأخرى[1] .

٩٠ — *إعلام الإرادة* : سبق أن أشرنا إلى الإختلاف الأصيل بين الإيذان المقرر والإعلام المنشىء . ونضيف هنا بأن الإعلام المنشىء ، إذا ما أضيف إلى الإظهار، كون مجموعهما الركن المادى للتعبير ، وهما وحدة لا ينفصم أحد شطريها عن الآخر ، فإذا ما تم هذا الانفصام ، لم نـكن أمام تعبير ، بل نـكون أمام عناصر حسية مهملة ليست بذات وجود شرعى . وهذا التلاحق بين الإظهار والإعلام فى الركن المادى للتعبير مقصور كما سنرى على التعابير المُتَلَقَّاة ، فلسنا نجد فى هذا الضرب من التعابير ظاهرة موجودة ، ثم يأتى بعد ذلك إجراء لاحق هدفه إعلام الغير بها ، بل إن الإعلام يكون جزءا من تلك الظاهرة ، ولا توجد إلا به[2] . إنه جزء من الركن المادى ، لا توجد الإرادة القانونية إلا إذا توافر ، وهو كما سبق أن أشرنا من مكونات هذا التعبير ، حتى ينبغى أن نقول إن من يوجه إليه التعبير يساهم فى تـكوين ذلك التعبير من طريق علمه به[3] .

---

(١) دورما ، ص ٨٩ وما بعدها ، ف ٧٤ وما بعدها . قارن هبرو ، ف ٢١ .

(٢) حجازى ، ج ٢ ، ص ١٤٧ ، دى لاموت ف ١٧٩ .

(٣) حجازى ، ج ٢ ، ص ١٤٩ .

والخلاصة إن التعبير عن الإرادة نوعان ملق ومتلق. وهذا الأخير إما أن يتضمن إرادة، فيكون إعلامها فيه عن طريق الإعلام المنشىء، وإما أن يتضمن واقعة، فيكون إعلام الواقعة فيه عن طريق الإيذان المقرر. وهذا التقرير قد يكشف عن واقعة قانونية، وقد يكشف عن تصرف قانونى تام عقداً كان أو إرادة منفردة[1].

المبحث الثانى

عناصر الإعلام

٩١ — لئن كانت نتيجة الإعلام — وهى العلم — واقعة بسيطة تتجلى فى حالة سلبية تقوم لدى المخاطَب، فإن الإعلام نفسه هو حالة إيجابية تقوم فى المخاطِب، وهو ليس فى مثل البساطة التى يهدف إلى تحقيقها. ذلك لأنه كما سنرى، واقعة مركبة قوامها تصرف إرادى ذو هدف معين. وهو ككل تصرف قانونى لا بد له من توافر ركنين: هما نية الإعلام (الركن المعنوى فى الإعلام)، ووسيلة تحقق بها تلك النية غايتها (الركن المادى فى الإعلام).

الفرع الأول

الركن المعنوى فى الإعلام

٩٢ — يقصد بالركن المعنوى فى الإعلام نية توجيه الإرادة إلى شخص معين[2] ومؤدى ذلك أن وصول التعبير إلى المخاطَب. ليس بكاف، بل يجب أن يكون هذا الوصول نتيجة التوجيه الإرادى من المخاطِب[3]. ويجب بالإضافة إلى ذلك، أن يعلم المخاطَب أن التعبير آت إليه من المخاطِب، وأن يتلقاه على هذا الإعتبار. وعليه فإن الإعلام المجرد من إرادة مصدره، والعلم المجرد عن معرفة مصدره، كلاهما غير مجدٍ فى تحقيق الإعلام المنشىء. فلابد من أن يكون الإعلام مقروناً بإرادة صاحبه وأن يكون علم المخاطَب به مقروناً بمعرفة مصدره. فلو أن رب عمل كتب إيجاباً، ثم قام أحد موظفيه بإرساله على غير إرادة من كاتبه. فإن علم المخاطَب بمضمون الإيجاب، وقبوله من ثم، لا يلزم الموجب، لأن الإيجاب لم يكن بإرادته[4].

(١) راجع قلادة، هامش ص ١٤٠. (٢) ديموج، ج ٢، ص ١٣٤.
(٣) فون تور، ف ٢٢. دورما، ف ٢٩٠. ديموج، المرجع السابق.
(٤) ديموج، المرجع السابق.

المطلب الأول

إرادة الإعلام فى المذهب الحنفى

٩٣ — نورد فيما يلى نصوصاً فقهية تشير إلى ركنية إرادة الإعلام فى تعبير الإيجاب لغائب ، وهو يعتبر بحق مثالاً نموذجياً للتعابير المتلقاة فى الفقه الحنفى .

جاء فى المحيط البرهانى : « رجل قال لآخر « بعت هذا العبد من فلان » فبلّغه الرسول . وقال المشترى : « اشتريت » فهو بيع ، ولو لم يقل « فبلّغه » فبلّغه وقال المشترى : « اشتريت » لا يصح . لأن شطر البيع لا يتوقف على ما وراء المجلس . ولو قال : « بعته منه فبلّغه يافلان» فبلّغه رجل آخر جاز . **لانه حين قال « فبلغه » فقد اظهر من نفسه الرضا بالتبليغ** . وكل من بلّغه كان التبليغ برضاه . فإن قبل صح البيع ، وهذا شيء يحفظ جداً ![1] » .

جاء فى فتح القدير : « والرسالة أن يقول : « إذهب يا فلان وقل له إن فلاناً باع عبده فلاناً منك بكذا . » فجاء فأخبره ، فأجاب فى مجلسه ذلك بالقبول ، وكذا إذا قال «بعت عبدى فلاناً من فلان بكذا ، فاذهب يا فلان فأخبره »فذهب فأخبره ،فقبل، وهذا لأن الرسول ناقل ، فلما قبل اتصل لفظه بلفظ الموجب حكما ، فلو بلغه بغير أمره ، فقبل ،لم يجز ، لأنه ليس رسولا بل فضولياً ، ولو كان قال:« بلغه يا فلان ،فبلغه غيره ، فقبل ، جاز[2] . » .

جاء فى الفتاوى الهندية : « وإذا قال « بعت هذا من فلان الغائب بكذا » فبلغه الخبر ، فقبل ، لا يصح . ولو قبل عنه إنسان فى المجلس توقف على إجازته ، كذا فى السروجية . ولو قال : « بعته منه فبلّغه يا فلان » فبلّغه رجل آخر ، جاز ، كذا فى المحيط[3] » .

ويبدو من النصوص السابقة أن الفقهاء المسلمين قد ميزوا بوضوح بين ما إذا كان الموجب لم يفصح عن نية إعلام التعبير ، وهم فى هذه الحالة يعتبرون الإعلام الخالى

---

(١) المحيط البرهانى ، ج ٩ ، ص ٩١ ، س ١٢ ، « مخطوط فى مكتبة الأزهر » . راجع أيضاً الذخيرة البرهانية ، ج ٥ ، ص ٦ ، س ١ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٩ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٩ .

عن هذه النية باطلا ، لأنه فقد عنصره المنوى ، وبين ما إذا كان الموجب قد أفصح عن نية إعلام التعبير ، وهم فى هذه الحالة ، كما رأينا يعتبرون الإعلام صحيحاً ينعقد به البيع ، لأنه جاء مستوفياً لعنصره المعنوى . وهذا العنصر المنوى هو المقصود بقول صاحب المحيط : « لأنه حين قال « بلِّغه » فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ » فلفظ « بلِّغه » إذن هو إفصاح عن نية الإعلام فإذا ما تخلف هذا الإفصاح إنهار التعبير بانهيار إعلامه ، ولا عبرة بعدها لوجود إرادة الإعلام إذا ظلت إرادة باطنة ، لأن هذه الإرادة لا يعتد بها الفقه الإسلامى ، وإنما يعتد بالإرادة الظاهرة التى يفصح بها العاقد عن نية إعلامه بقوله : « فبلِّغه » . فإذا ما تحققت هذه الإرادة الظاهرة قام التعبير بقيام إعلامه ،وسواء بعدها أقام الرسول نفسه بالتبليغ ، أم قام فضولى غيره به ، ذلك لأن اختلاف الأشخاص لا أثر له فى إرادة التوجيه نفسها التى تحققت بمجرد الإفصاح عنها . وقد أشار صاحب المحيط إلى عدم تأثير اختلاف الأشخاص على العمل الإرادى نفسه بقوله : « لأنه حين قال بلِّغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ ، وكل من بلَّغه كان التبليغ برضاه[1] » .

٩٤ — كاف الخطاب تعبر عن إرادة الإعلام فى التعاقد بين حاضرين :

يلاحظ أن الفقهاء يشترطون فى التعاقد بين حاضرين أن يشتمل الإيجاب على الخطاب ، فلا يكفى أن يقول البائع : بعت هذا الكتاب بـ١٠ ليرات مثلا . فيقول الآخر قبلت ، بل لا بد من أن يعبر الموجب عن إرادة إعلامه الإيجاب إلى الموجه إليه التعبير ، بأن يضيف كاف الخطاب إلى إيجابه ، وذلك بأن يقول : بعتك هذا الكتاب بكذا .

جاء فى فتح القدير : « ولو قال : « بعتكه بكذا » بعد وجود مقدمات البيع فقال : « اشتريت » ولم يقل « منك » صح به ، وكذا على العكس[2] » .

وجاء أيضاً : « وعدم لزوم ذكر المفعولين أو أحدهما بعد دلالة المقام والمقدمات على الغرض ، لأن الحذف لدليل جائز فى كل لسان فمن هذا قلنا إذاقالت « زوجتك نفسى » فقال « قبلت » أو قال « تزوجتك » فقالت«قبلت »جاز ، ولامفعول[3] »

---

(١) المحيط ، المرجع السابق .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٧ ، س ١ .

(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٢٠ .

جاء فى البحر الرائق : « ولا يشترط أن يشتمل القبول على الخطاب بعدما صدر الإيجاب بالخطاب . فلو قال بعد قوله : « بعتك » « اشتريت » ولم يقل « منك » صح كما فى فتح القدير[1] . »

وجاء فى رد المحتار : « ولايشترط فى البيع أن يشتمل القبول على الخطاب بعد ما صدر الإيجاب بالخطاب . فلو قال بعد قوله « بعتك بكذا » « اشتريت » ولم يقل « منك » ، صح ، بحر عن الفتح أى يكفى وجود الخطاب فى الإيجاب[2] . »

ويلاحظ أن ابن نجيم وابن عابدين ، فى النصين الأخيرين ، قد عزيا القول بجواز ورود القبول مجرداً عن كاف الخطاب إلى الـكمال بن همام بعد أن عدلاه من ناحيتين :

(١) فهما لم يشترطا بعدية الإيجاب عن مقدمات البيع ، وهما حسناً فعلا ذلك،لأنها فى نظرنا غير مجدية ،مادام الإيجاب قد جاء مقترناً بكاف الخطاب . ويبدو أن صاحب الفتح يشترط هذه البعدية لجواز تجريد الإيجاب من كاف الخطاب ، لا القبول ، يدل على ذلك ما ذكره فى مكان آخر حيث قال : « لو قال للآخر بعدما جرى بينهما مقدمات البيع « بعت هذا بألف » ولم يقل « منك » فقال الآخر : «اشتريت» صح ولزم[3] »

(٢) وهما ثانياً قد اقتصرا فى ذكر هذا الجواز على القبول فحسب ، ولم يتعرضا لجواز ورود الإيجاب خالياً من كاف الخطاب . فقد رأينا أن صاحب الفتح قد صرح بجواز تجريد شطرى العقد من كاف الخطاب فى قوله « وكذا على العكس» . ولعلهما يطاوعان فى ذلك الطبيعة الاستحثائية لتعبير الإيجاب التى تستلزم شموله على نية إعلام الطرف المستحَث بصورة صريحة لا أن تستخلص بصورة ضمنية من مقدمات البيع كما يفيده كلام صاحب الفتح .

٩٥ — **حالات يجيز فيها الفقهاء تخلف إرادة الإعلام** : ونتساءل الآن هل يطرد اشتراط نية الإعلام لدى فقهاء المذهب الحنفى فى التعابير المتلقاة ؟ إن ظاهر

---

(١) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٧ ، س ١٨ .
(٢) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٩ ، س ٢٦ .
(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٢٨ .

النصوص يفيد أن هذا التخلف ممكن ، ونستعرض فيما يلى جواز تخلف إرادة الاعلام فى الإيجاب وفى بعض التصرفات الآحادية :

(١) **تخلف إرادة الإعلام فى الإيجاب** : رأينا سابقاً أن إعلام الفضولى للموجه إليه التعبير الغائب بايجاب الموجب هو إعلام باطل ، لتخلف إرادة الاعلام ، التى لم يعبر عنها الموجب بإرادة ظاهرة . ونستعرض فيما يلى حالات ثلاثة أجاز فيها الفقهاء قيام الإيجاب رغم تخلف إرادة الإعلام وهى :

(١) الإيجاب لغائب تطوع لقبوله فضولى فى مجلس الإيجاب .
(٢) الإيجاب الذى يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب .
(٣) الإيجاب فى حالة زواج الفضولى من الموجب إليه الغائب عند أبى يوسف .

(أ) **الإيجاب لغائب تطوع لقبوله فضولى فى مجلس الإيجاب** : الأصل كما رأينا أن الإيجاب لغائب لايقوم إذا لم تتوافر فيه إرادة الإعلام على أننا إذا فرضنا أن حاضراً قبل هذا الإيجاب عند صدوره ، فهل ينعقد العقد بهذا القبول ؟ يجيب الفقهاء على أن العقد ينعقد فى هذه الحالة ، رغم عدم اتجاه نية الموجب إلى إعلام هذا القابل بالذات ووجه هذا الإستثناء أن القبول قد صدر فى المجلس ، فصادف إيجاباً قائماً . والشأن عادة فى هذا الإيجاب ، وقد صدر فى حضرة الفضولى ، أن يكون قد صدر على أساس أن يقبله ذلك الفضولى . وهذا بخلاف ما إذا قام الفضولى نفسه بإعلام الطرف الآخر ، فقبل . إذ لا ينعقد العقد ، لصدور القبول بعد انتهاء مجلس الإيجاب ، ولسقوط الإيجاب بانتهائه .

جاء فى البدائع : « وعلى هذا إذا أوجب أحدهما البيع والآخر غائب ، فبلغه ، فقبل ، لا ينعقد . بأن قال : « بعت عبدى هذا من فلان الغائب بكذا » فبلغه ، فقبل . ولو قبل عنه قابل ينعقد . والأصل فى هذا أن أحد الشطرين من أحد العاقدين فى باب البيع يتوقف على الآخر فى المجلس . ولا يتوقف على الشطر الآخر من العاقد الآخر فيما وراء المجلس بالإجماع ، إلا إذا كان عنه قابل[1] » .

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٧ ، س ٣٢ .

(ب) الإيجاب الذى يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب : الأصل إن الإيجاب لا يتوقف على قبول الموجب إليه الغائب . ويترتب على هذا أن الغائب إذا قبل الايجاب لا ينعقد العقد مالم يكن هذا الايجاب قد وجه إلى هذا القابل من قبل صاحب التعبير بكتاب أو رسالة . على أن ثمة حالات يتوقف فيها الايجاب على قبول الغائب ، فينعقد العقد بمجرد قبوله ، ولو لم يكن الايجاب موجها إليه وذلك كاختلاع الرجل زوجته إذا كانت غائبة ؛ وكعتق المولى عبده على مال إذا كان غائباً . فى هاتين الحالتين لا تشترط إرادة الإعلام فى الشطر الأول حتى إذا قبلت الزوجة الإيجاب الصادر من زوجها ، وقبل الإيجاب الصادر من مولاه ، صح قبولها ، رغم أن الموجب فى الحالتين لم يعبر عن نية إعلامه للإيجاب .

و نلفت النظر هنا إلى أن استغناء الإيجاب عن ارادة الاعلام فى هاتين الحالتين ليس هو خروجا عن القاعدة العامة فى التعبير المتلقى التى تستلزم ارادة اعلامه إلى المخاطب، بل هو نتيجة لورود الايجاب فى صورة اليمين ، وتحوله من ثم من تعبير متلقى يستلزم الاعلام إلى تعبير ملق لايستلزم الإعلام .[1]

(حـ) الإيجاب فى حالة زواج الفضولى عن الموجب إليه الغائب : ذهب أبو يوسف — وخلافاً لأبى حنيفة ومحمد — إلى أن إيجاب النكاح إلى الموجب إليه الغائب يقوم ولو لم ترافقه إرادة أعلامه إلى هذا الغائب حتى إذا ما أجازه هذا الغائب أنتج أثره ونفذ . ووجه هذا الإستثناء عند أبى يوسف أن الموجب فى هذه الحالة يجمع فى شخصه الموجب على سبيل الأصاله والقبول على سبيل الفضالة. وما دام للواحد فى عقد النكاح أن يتولى طرفى العقد ، فليس ثمة مايمنع من اعتبار عبارته تصرفاً تاماً موقوفاً على إجازة المخاطَب جاء فى البدائع فى هذا المعنى : « فأما إذا كان أحدهما غائبا لم ينعقد، حتى

(١) جاء فى البدائع : « وأما الشطر فى باب الخلع فمن جانب الزوج يتوقف بالإجماع حتى لو قال : « خالعت امرأتى الغائبة على كذا » فبلغها الخبر ، فقبلت ، جاز . وأما من جانب المرأة فلا يتوقف بالإجماع حتى لو قالت ، « اختلعت من زوجى فلان الغائب على كذا » فبلغه الخبر ، فأجاز ، لم يجز . ووجه الفرق أن الخلع فى جانب الزوج يمين ، لأنه تعليق الطلاق بقبول المال ، فكان يميناً ، وإذا كان يميناً ، فغيبة المرأة لاتمنع صحة اليمين ، وأما من جانب المرأة ، فهو معاوضة . وإذا كان معاوضة ، فالشطر فى المعاوضات لايتوقف ، كما فى البيع وغيره . وكذا الشطر فى إعتاق العبد على مال من جانب المولى يتوقف إذا كان العبد غائباً . ومن جانب العبد لايتوقف إذا كان المولى غائباً ، لأنه من جانبه تعليق العتق بالشرط ، ومن جانب العبد معاوضة » .

لوقالت امرأة بحضرة شاهدين «زوجت نفسي من فلان» وهو غائب فبلغه الخبر، فقال « قبلت » ؛ أو قال بحضرة شاهدين « تزوجت فلانه » وهي غائبة ، فبلغها الخبر ، فقالت « زوجت نفسي منه » ، لم يجز وإن كان القبول بحضرة ذينك الشاهدين . وهذا قوله أبي حنيفة ومحمد ، وقال أبو يوسف ينعقد ، ويتوقف على إجازه الغائب .

وجه قول أبي يوسف : أن كلام الواحد يصلح أن يكون عقداً فى باب النكاح لأن الواحد فى هذا الباب يقوم بالعقد من الجانبين . كما لو كان مالكاً من الجانبين ، أو وليا ، أو وكيلا ، فكان كلامه عقداً لاشطراً فكان محتملا للتوقف ، كما فى الخلع والطلاق والإعتاق على مال .

وجه قولهما : أن هذا شطر العقد حقيقة لا كله ، لأنه لا يملك كله لانعدام الولاية . وشطر العقد لا يقف على غائب عن المجلس كالبيع وهذا لأن الشطر لا يحتمل التوقف حقيقة ، لأن التوقف فى الأصل على خلاف الحقيقة لصدوره عن الولاء على الجانبين ، فيصير كلامه بمنزلة كلامين ، وشخصه كشخصين حكماً . فاذا انعدمت الولاية ولا ضرورة الى تعيين الحقيقة ، فلا يقف بخلاف الخلع لأنه من جانب الزوج يمين ، لأنه تعليق بقبول المرأة ، وأنه يمين فكان عقداً تاماً ومن جانب المرأة معاوضة فلا يحتمل التوقف ، كالبيع وكذلك الطلاق والإعتاق على مال [(1)] »

ويلاحظ أخيراً أن ثمة رأياً لدى الأحناف يشير ظاهره أيضا إلى عدم اشتراط إرادة الإعلام فى الإيجاب بل إلى عدم اشتراط الإعلام بركنيه المادى والمنوى :

جاء فى المحيط : « وإذا قال : بعت من فلان الغائب . فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح [(2)] » .

وقد استشكل صاحب البحر انعقاد العقد فى هذه الحالة لعدم توافر إرادة الإعلام بقوله :

«وهو مشكل ، لعدم سماع الغائب كلام الحاضر ، ولعدم اتحاد المجلس ، وحمله على ما إذا أعاد الإيجاب بعد حضوره بعيد كما لا يخفى [(3)] » .

(١) البدائع ، ج ٢ ، ص ٢٣٢ ، س ٣١ .
(٢) المحيط البرهانى ، ج ٩ ، ص ٩١ ، س ٧ .
(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ ، س ٢ .

(٢) **تخلف إرادة الإعلام فى بعض التصرفات الآحادية** : رأينا سابقاً أن إعلام الفضولى للموجه إليه التعبير الغائب بإيجاب الموجب هو إعلام باطل لأن إرادة الإعلام التى لم يعبر عنها الموجب بإرادة ظاهرة قد تخلّفت ، ونستعرض هنا حالات أجاز الفقهاء فيها إعلام الفضولى فى بعض التصرفات الآحاديه رغم تخلف هذه الإرادة الظاهرة ، كما فى حالة إعلام الفضولى بـ : تعيين الوكيل وعزله ، وعزل المضارب ، وحجر العبد .

(أ) **تعيين الوكيل** : جاء فى الفتاوى الهندية : « وإذا وكل رجلاً غائباً ، وأخبره رجل بالوكالة ، يصير وكيلاً ، سواء كان المخبر عدلاً أو فاسقاً ، أخبره من تلقاء نفسه أو على سبيل الرسالة ، صدّقه الوكيل فى ذلك أو كذّبه ، كذا فى الذخيرة[١] » .

وجاء فى تكملة رد المحتار : « ومما يرجع للوكيل أن يعلم بالتوكيل . . . ويثبت العلم إما بالمشافهة، أو بالكتاب إليه ، أو الرسول إليه، أو بإخبار رجلين فضوليين أو واحد عدل أو غير عدل وصدقه الوكيل وإلا فعنده لا ، وعندهما نعم[٢] » .

وجاء فى فتح القدير : « وإذا توقفت الوكالة على العلم ، فلنذكر بماذا يحصل العلم المثبت للوكالة ، فقال كل من أعلمه بالوكالة جاز تصرفه ، بشرط كونه مميزاً ، رجلاً كان أو امرأة ، فاسقاً كان أو عدلاً ، مسلماً كان أو ذمياً . وقال الشافعى وأحمد لا تثبت الوكالة بخبر الواحد أصلاً ، لأنها تتضمن عقداً كغيره من العقود ، ولأنه تسليط على مال الغير . قلنا إنه إثبات حق ، هو أن يتصرف ، لا إلزام أمر ، فإنه مختار فى القبول وعدمه[٣] » .

(ب) **عزل الوكيل** : جاء فى البدائع : « يخرج الوكيل عن الوكالة بأشياء منها عزل الموكل إياه ونهيه .

ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل به ، لأن العزل فسخ للعقد ، فلا يلزم

---

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦١ ، س ١ .

(٢) تكملة رد المحتار ، ج ١ ، ص ١٨٨ ، س ٢٣ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٦١ ، س ١ .

حكمه إلا بعد العلم به ، كالفسخ . فإذا عزله وهو حاضر انعزل ، وكذا لو كان غائباً فكتب إليه كتاب العزل ، فبلغه الكتاب ، وعلم بما فيه انعزل ؛ لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر . وكذلك لو أرسل إليه رسولاً فبلغ الرسالة وقال : « إن فلاناً أرسلني إليك ويقول إني عزلتك عن الوكالة » فإنه ينعزل ، كائنا ما كان الرسول ، عدلا كان أو غير عدل ، حراً كان أو عبداً ، صغيراً كان أو كبيراً بعد أن بلغ الرسالة على الوجه الذي ذكرنا ، لأن الرسول قائم مقام المرسل ، معبر وسفير عنه ، فتصح سفارته ، بعد أن صحت عبارته ، على أي صفة كان .

وإن لم يكتب كتابا ، ولا أرسل رسولا ، ولكن أخبره بالعزل رجلان عدلان كانا أو غير عدلين ، أو رجل واحد عدل ، ينعزل في قولهم جميعاً . وإن عزله الموكل وأشهد على عزله وهو غائب ، ولم يخبره بالعزل أحد ، لا ينعزل ، ويكون تصرفه قبل العلم بعد العزل كتصرفه قبل العزل[1] .

وجاء في رد المحتار : « ويثبت العزل بمشافهة ، وبكتابة مكتوب بعزله - أي إن وصل إليه المكتوب - وإرساله رسولا مميزاً عدلاً أو غيره اتفاقاً ، حراً أو عبداً ، صغيراً أو كبيراً ، صدقه أو كذبه ، إذا قال الرسول . « أرسلني إليك لأبلغك عزله إياك عن وكالته » . ولو أخبره فضولي بالعزل ، فلا بد من أحد شطري الشهادة عدداً أو عدالة كأخوات الوكالة وهي . . حجر مأذون وفسخ شركة ، وعزل قاض ، ومتولي وقف . ومتى صدق الوكيل المخبر قبل خبره ، اتفاقاً[2] . »

(حـ) **عزل المضارب** . جاء في رد المحتار : « وينعزل بعزله لأنه وكيل إن علم به بخبر رجلين مطلقاً ، أو فضولي عدل ، أو رسول مميز ، وإلا يعلم لا ينعزل[3] . »

(د) **حجر المأذون** : جاء في البدائع : « وأما بيان ما يبطل به الإذن بعد وجوده فنقول : إن الإذن بالتجارة يبطل بضده ، وهو الحجر فيحتاج إلى ما يصير العبد به محجوراً وذلك أنواع . والصريح نوعان : خاص وعام . ومن شرط صحة هذين

---

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٧ .
(٢) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤٣٣ .
(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٥١٠ .

النوعين علم العبد بهما . فإن لم يعلم لا يصير محجوراً ؛ لأن الحجر منع من تصرف شرعى ، وحكم المنع فى الشرائع لا يلزم الممنوع إلا بعد العلم ، كما فى سائر الأحكام الشرعية . ولو أخبره بالحجر رجلان ، أو رجل وامرأتان عدلا كان أو غير عدل ، صار محجوراً بالإجماع . . . ولو كان المخبر رسولا يصير محجوراً بالإجماع ، صدقه أو كذبه[1] . »

وجاء فى الجوهرة النيرة : « والحجر عليه لا يصح إلا إذا علم ، فأما إذا لم يعلم لا يصير محجوراً ، وإن حجر عليه فى سوقه وهو لا يعلم ، إن أخبره رجلان أو رجل وامرأتان عدلين كانا أو غير عدلين ، أو رجل عدل وامرأة عدلة ، صار محجوراً بالإجماع .. وإن كان المخبر رسولا صار محجوراً بالإجماع[2] . »

المطلب الثانى

إرادة الإعلام فى المذهب الشافعى

٩٦ - يبدو أن المذهب الشافعى لا يتطلب إرادة الإعـــلام فى حالة توسط السمسار بين الموجب والقابل . وصورته أن يقول المتوسط للبائع « بعت بكذا » فيقول « بعت » ثم يقول للمشترى « اشتريت بكذا » فيقول « اشتريت » وحجة هذا الرأى فى تصحيحه للعقد رغم انتفاء التخاطب أن ركن التصرف هو الصيغة وقد وجدت . أما الرأى المرجوح فيذهب إلى عدم انعقاد العقد فى حالة المتوسط ، وسنده فى ذلك انتفاء التخاطب .

جاء فى نهاية المحتاج : « لا يعتبر الخطاب فى مسألة المتوسط كقول شخص للبائع « بعت هذا بكذا » فيقول : بعت ... ويقول للآخر « اشتريت » فيقول : اشتريت . لانعقاد العقد بوجود الصيغة . فلو كان الخطاب من أحدهما للآخر لم يصح[3] » .

وجاء فى المجموع : « إذا قال السمسار المتوسط بينهما للبائع « بعت بكذا » فقال « بعت » وقال للمشترى « اشتريت بكذا » فقال « اشتريت » فوجهان حكاهما

(١) البدائع ، جـ ٧ ، ص ٢٠٦ ، س ٧ .
(٢) الجوهرة النيرة ، جـ ١ ، ص ٣٦٦ .
(٣) نهاية المحتاج ، جـ ٣ ، ص ٥ ، س ٨ .

الرافعى . أصحهما عند الرافعى وغيره الإنعقاد ، لوجود الصيغة والتراضى . والثانى لا ينعقد ، لعدم تخاطبهما[1] » .

وثمة رأى أشار إليه صاحب المجموع يشير ظاهره إلى عدم اشتراط إرادة الإعلام فى الإيجاب لغائب . جاء فى المجموع : « قال بعض الأصحاب تفريعاً على صحة البيع بالمكاتبة لو قال « بعت دارى لفلان » وهو غائب . فلما بلغه الخبر ، قال « قبلت » انعقد البيع لأن النطق أقوى من الكتب[2] » .

٩٧ — ننتهى مما تقدم إلى أن الأصل فى التعابير المتلقاة فى الفقه الإسلامى أن تكون حاوية على إرادة إعلام التعبير إلى المخاطَب ، وهذا ما أشار إليه صاحب المحيط صراحة بقوله : « لأنه حين قال بلّغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ[3] » وتنضم إرادة الإعلام هذه إلى إرادة إحداث الأثر الشرعى الداخلى فى التعبير لتكون جزءاً منها . ويتكون من مجموع الإثنين الركن المعنوى فى التصرف القانونى .

فى التعبير المتلق تتكون نية الالتزام من جزءين : نية تحقيق المضمون الداخلى للتعبير ، ونية ايصال التعبير الى علم المرسل اليه ، وهذه النية الأخيرة ذاتها هى فى الواقع فيصل التفرقة بين التعبير المُلْقَى والتعبير المتَلَقَى[4] . فإذا ما جاء التعبير الأخير خالياً منها ، فقد فقد جزءاً لا يتجزأ من ركنه المعنوى ، وانهار تبعاً لذلك .

الفرع الثانى
الركن المادى فى الإعلام

٩٨ — يقصد بالركن المادى فى الإعلام الوسائل اللاحقة على الإصدار التى يواصل بها التعبير اتجاهه حتى يصل إلى المخاطَب ، ويستفاد من هذا التعريف أن ثمة فاصلا واضحاً بين جزءين متلاحقين فى التعبير : الإصدار من جهة ، ويقع فى نطاق الطرف الأول من أطراف التصرف ، وهو المخاطِب . ووسائل الإعلام اللاحقة ، وهى تقع فى نطاق الطرف الثانى ، وهو المخاطَب . ويعتبر انضمام هذه

(١) المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، ص ١٧٠ ، س ٨ .
(٢) المرجع السابق ، ص ١٦٧ ، س ١٩ .
(٣) راجع ما سبق ، ف ٩٣ ، ص ٧٩ .
(٤) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٤٣ ، ص ١٤٤ .

الوسائل الأخيرة إلى الإصدار وجها هاماً من وجوه افتراق التعبير الملقى عن التعبير المتلقى ، ذلك لأن الفارق بين هذين النوعين من التعابير ليس فارقاً فى النية فحسب ، بل هو فارق أيضاً من حيث كم التعبير ودرجته ، وفى هذا الكم تبرز مشكلة الركن المادى فى الإعلام . وبيان ذلك ، أن التعبير الملقى اذا اكتفى بالإصدار وهو الحد الأدنى من هذا الركن المادى ، فليس يكتفى التعبير المتلقى بهذا القدر ، بل هو يتطلب امتداداً لهذا الإصدار واستطالة لوسائل التعبير بحيث تستطيع معها الوصول إلى علم المخاطَب ، وبحيث تعطى لهذا الأخير جميع الوسائل اللازمة التى تمكنه من العلم به[1] . ويعتبر الإصدار فى الواقع بمثابة انطلاق لوسائل الإعلام فى التعبير المتلقى . وهو ضرورى من ناحيتين : فهو أولا عمل يستقل بالقيام به صاحب التعبير نفسه ؛ ويمكن القول بأن الإصدار يتم إذا ما أصبح وصول مضمون التعبير إلى علم الطرف الآخر غير متوقف على عمل إرادى آخر من جانب صاحب التعبير[2] . ولذلك فإنه فى هذه اللحظة بالذات لحظة الإصدار ، يجب أن توجد لدى صاحب التعبير نية التوجيه[3] . فالعمل الإرادى فى الإعلام هو الإصدار[4] . والإصدار ثانياً « هو عمل ينفصل به التعبير عن شخص صاحبه كى يبدأ حياة خاصة به ، أما باقى وسائل الاتصال اللاحقة فإنها تتوالى ، ولا تحتاج إلى إرادة جديدة لتكمل طريقها . على أن التعبير وإن انفصل عمن صدر عنه ، واتخذ مساراً خاصاً مستقلا له ، فإن ذلك إنما كان بناء على إرادة من صدرت عنه . وتعتمد وسائل الاتصال اللاحقة على الإرادة الأولى التى وجهت التعبير وجهته هذه . فانفصال التعبير عن صاحبه بالإصدار هو انفصال إرادى . على أن التوجيه يمكن أن يتعطل بتدخل إرادى جديد من جانب صاحب التعبير ، يهدف إلى إيقاف مسيره متى كان ذلك ممكناً[5] » .

(١) سالى ، م ١٣٠ ، ف ٣ .

(٢) فون تور ، ف ٢٢ . دورما ، ف ٢٩٨ . الترجمة الرسمية ، م ١٣٠ ، ١ . سالى التعبير عن الارادة ، م ١٣٠ ف ١٤ . دى لاموت ، ف ١٩٦

(٣) ولعلنا نستطيع أن نشبه التعبير المتلقى بكرة تدفع على أرض ملساء . إن توجيه هذه الكرة يفتقر إلى العمل الارادى عند دفعها فحسب ، وبعد ذلك تستقل الكرة فى متابعة منحاها بعد أن إنفصلت عن الارادة فى نقطة إنطلاق مسيرها .

(٤) ديموج ، ف ٢ ، ص ١٣٤ . دورما ، ف ٢٩٠ .

(٥) التعبير عن الارادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٤٤ ص ١٤٦ .

المبحث الثالث

الموجه إليه التعبير المتلقى

الفرع الأول

الموجه إليه التعبير والموجهه إليه الآثار الشرعية

٩٩ — إن العنصرين المميزين للتعبير المتلقى هما التوجيه والموجه إليه التعبير. وقد بحثنا التوجيه إبان دراستنا لإرادة الإعلام ؛ وننتقل الآن إلى بحث الموجه إليه التعبير[١] .

١٠٠ — يقصد بالموجه إليه التعبير الشخص الذى يجب[٢] أن يوجه إليه التعبير وظاهر من هذا التعريف أن صاحب التعبير ليس حراً فى اختيار الشخص الذى يوجه إليه تعبيره ، بل هو ملزم بتوجيهه إلى شخص معين . وهـذا الإلزام فى الواقع هو فيصل التفرقة بين التعبير الملقى ، الذى يكون فيه صاحب التعبير حراً فى اختيار الشخص الذى يوجه إليه تعبيره ، وبين التعبير المتلقى ، الذى يكون فيه صاحبه ملزماً بتوجيهه إلى شخص معين[٣] .

---

(١) راجع باراسى إعلام الارادة ، ص ٩ ، نقلا عن دورما ص ٣١٣ .

(٢) لسنا نستطيع إطلاق تسمية « المتلقى » على الشخص الآخر الذى يوجه إليه التعبير ، لأن هذا الشخص قد لايتلقى التعبير . وكذا ليس يسعنا تسميته « من يهمه أمر التعبير المتلقى » لأن التعبير المتلقى ليس يعنى المخاطب فقط ، بل يعنى المخاطب أيضاً . وعدا ذلك إن المخاطب قد لا يعنيه أمر هذا التعبير ، كما لو كان هذا التعبير إيجاباً لاقى رفض المخاطب . فالتسمية الصحيحة هى إذن الموجه إليه التعبير المتلقى ، وخير منها تسمية ، **المخاطب (ف) المنشىء التعبير المتلقى** ، ذلك لأن هذه التسمية الأخيرة تبين ما سبق أن ألمحنا إليه من أن المخاطب بالتعبير المتلقى يسهم فى تكوين هذا التعبير . راجع ماسبق ف ٩٠ ، ص ٧٧ .

(٣) ويلاحظ هنا أن تسمية « التعبير المتلقى » لا تشير إلى التلقى على أنه واجب ، بل تشير إليه على أنه عمل أنجز . فهذه التسمية لاتلقى الضوء إذن بشكل كاف على ضرورة التلقى كما هو شأن جملتى : « التعبير الذى يستلزم الإعلام » و « التعبير الذى يستلزم التلقى » والإصطلاح الألمانى « Empfengsbedürftige » .

ويلاحظ أن الفقيه الإيطالى Barassi — وهو الذى أولى دراسة الاعلام المنشئ كبير عنايته قد أورد التحفظ السابق على الاصطلاح الإيطالى recettizzie المقابل لـ « متلقى » وآثره رغم ذلك على الاصطلاحات الأخرى لبساطته (راجع دورما هامش ص ١٠٩) ونحن بدورنا جنحنا إلى إيثار الاصطلاح العربى الأبسط تاركين إلى التعاريف مهمة التفصيل فى إيضاح مضمونه وتحديد مداه .

١٠١ — على أن التوجيه الذى نقصده هنا — والذى يكمن فيه أساس التفرقة بين النوعين — إنما هو **التوجيه المادى** فحسب ، ويقصد به توجيه الإرادة فى صورتها المحسوسة والمستقلة إلى من يهمه الأمر[1] أو بعبارة أخرى « أنه حركة محسوسة لحادث التعبير نحو الشخص الذى وجهت إليه[2] » . أما **التوجيه اللامادى** فهو أمر يعم كل التعابير ، ويقصد به توجيه الآثار الحقوقية نحو من يهمهم الأمر . وهذا ما نقصده بالتوجيه عند كلامنا عن التعابير الملقاة . كما فى قولنا إن الموصى يوجه إرادته للموصى إليهم ، والتنازل عن الشفعة موجه نحو الشفيع ، والقبول الضمنى عن طريق تنفيذ العقد موجه نحو الموجب ، وما إلى ذلك .

١٠٢ — ويقابل هذا التمييز بين التوجيه المادى والتوجيه اللامادى للتعبير فى نطاق التوجيه ، تمييز آخر بين الموجه إليه التعبير ، والموجهه إليه الآثار الشرعية فى نطاق الموجه إليه . ويقصد **بالموجه اليه التعبير** ، المخاطَب بالتعبير باعتباره وسيلة لتحقيق بعض الآثار الشرعية . ويقصد **بالموجهة اليه الآثار الشرعية** المخاطَب ،بالتعبير باعتباره الشخص الذى تنصب فى ذمته الآثار الشرعية للتصرف[3] . وما يميز التعبير المتلقى ليس هذا النوع الأخير من الموجه إليه الذى يعم كل التعابير ، بل النوع الأول الذى ينفرد به التعبير المتلقى ويعتبر سمته المميزة .

والخلاصة أن التوجيه المادى كما أبانت عنه التفرقة الأولى ، والموجه إليه التعبير كما أبانت عنه التفرقة الثانية هما الميزان للتعابير المتلقاة . أما التوجيه اللامادى ، والموجهه إليه الآثار الشرعية فهما يعمّان كل التعابير الملقى منها والمتلقى .

١٠٣ — والأصل أن الموجه إليه التعبير والموجهة إليه الآثار الشرعية يتلازمان . على أنهما قد ينفك أحدهما عن الآخر ، كما فى حالة النيابة ، حيث يكون النائب هو المخاطَب بالتعبير ، بينما يكون الأصيل هو المخاطَب بالآثار الشرعية الذى تنصب آثار التعبير فى ذمته .

---

(١) دورما ، ف ٢٨٩ ، ص ٣١٣ .
(٢) باراسى ، المرجع السابق ، ص ١٠ .
(٣) باراسى ، ص ٥١ . دورما ، ف ٣٣٥ ، ص ٣٧١ .

١٠٤ — **الموجه إليه التعبير النائب** : هل يجوز لصاحب التعبير المتلقى أن يلزم الموجه إليه التعبير أن ينيب عنه غيره فى تلقى هذا التعبير ؟ يصرح الفقهاء بأن هذا الإلزام ممكن فى كل حالة يكون فيها صاحب التعبير المتلقى ملزماً بالتعبير عن الإرادة خلال فترة معينة ، كما فى خيار الشرط ، حيث يلزم صاحب الخيار بأن يستعمل خياره خلال ثلاثة أيام . وتبدو فائدة هذا الإلزام فى ضمانه لصحة الفسخ إذا ما صدر خلال الفترة المحددة ، لإمكان توجيهه إلى النائب بدلا من الموجه إليه التعبير الذى قد يتوارى عن الأنظار خلال هذه الفترة . جاء فى فتح القدير : « ينبغى للمشترى أن يستوثق فيأخذ منه وكيلا ثقة ، إذا خاف الغيبة ، حتى إذا غاب يرده على الوكيل[1] » . وجاء فى تبيين الحقائق : « ولو فسخ فى حال غيبة صاحبه ، وبلغه فى المدة ، صح . ولو مضت المدة قبل العلم به ، تم العقد ، ولزم . والحيلة فيه أن يأخذ منه وكيلا ، حتى إذا بدا له الفسخ ، رده عليه[2] » .

ولقد قال بهذا الإلزام القائلون بأن الفسخ هو تعبير متلق رداً على حجة القائلين بأن الفسخ هو تعبير ملق والتى جاء فيها « فلو لم ينفرد من له الخيار بالفسخ ، يتضرر هو أيضاً ، لأنه يمكن أن يختفى صاحبه فى المدة حتى تنقضى[3] » .

بقى أن نقول هنا إن هذا النائب قد يكون اتفاقيا ، كما مر . وقد يكون قضائياً ينصبه القاضى عند غيبة الموجه إليه التعبير بناء على طلب صاحب التعبير المتلقى .

جاء فى تبيين الحقائق : « وقال بعضهم أنه لو رفع الأمر إلى الحاكم ، وأعلمه بذلك ، ونصب من يخاصم عنه ، صح الرد عليه[4] » .

وجاء فى فتح القدير : « جاء إلى باب البائع ليرده ، فاختفى فيه ، فطلب من القاضى خصما ليرده عليه . قال بعضهم ينصب نظراً للمشترى ، وقال محمد بن سلمه لا يجيبه ، لأن المشترى ترك النظر لنفسه ، حيث لم يأخذ منه وكيلا مع احتمال غيبته ، فلا ينظر له[5] » .

---

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .

(٣) فتح القدير ، المرجع السابق .

(٤) تبيين الحقائق ، المرجع السابق .

(٥) فتح القدير ، المرجع السابق .

الفرع الثانى
مؤيد تخلف الموجه إليه التعبير

١٠٥ — إن التعبير المتلقى الذى يصل إلى علم غير المخاطَب المنشىء للتعبير المتلقى هو تعبير معدوم الأثر ، ذلك لأن هذا التعبير لا يتحقق إلا بتعاون المخاطَب والمخاطِب على إنشائه ، فإذا لم يصل إلى علم الأول ، تعذر هذا الإنشاء ، وسقط التعبير ، واعتبر معدوماً شرعاً ، وإن كان موجوداً حساً .

١٠٦ — **حالتان استثنائيتان** : ونتساءل هنا هل يعتبر التعبير المتلقى قائماً إذا وصل إلى علم من يتعاقد مع المخاطَب المنشىء لهذا التعبير ولم يصل إلى علم المخاطَب المنشىء للتعبير نفسه ؟ وبعبارة أخرى هل يجوز الخروج عن قاعدة ضرورة المخاطَب المنشىء للتعبير المتلقى ؟ إن ظاهر أحكام الفقه الغربى ينفى إمكان هذا الخروج ، فهل تسمح به أحكام التعبير المتلقى فى الفقه الإسلامى ؟ يبدو إن هذا الخروج ممكن فى الفقه الإسلامى فى حالتين وردتا على سبيل الاستثناء وهما حالتا (١) تعيين الوكيل و (٢) إذن العبد . ويستند الفقهاء عادة فى تسويغهم لهاتين الحالتين الإستثنائيتين إلى قاعدة « يثبت فى الضمنيات ما لا يثبت فى القصديات » على أن الباعث الحقيقى الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى هذا الخروج هو فى رأينا نزعته التيسيرية وازوراه عن الشكلية[1] ونستعرض فيما يلى هاتين الحالتين :

(١) **تعيين الوكيل** : الأصل فى الفقه الإسلامى أن الوكيل لا يتم تعيينه إلا بعلمه ؛ على أن الفقهاء يخرجون عن هذا الأصل ، فيقررون صحة تعيين الوكيل إذا ما علم بالتعيين من يتعامل معه ولو أغفل إعلام الوكيل بالذات . ونستعرض فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى هذا التيسير .

جاء فى البدائع : « وأما علم الوكيل فهل هو شرط لصحة الوكالة ؟ لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط . أما علم الوكيل وأما علم من يتعامل معه . وأما علم الوكيل على التعيين — بالتوكيل فهل هو شرط ؟ ذكر فى الزيادات إنه شرط . وذكر

(١) سنرى أن تطلب الاعلام المنشىء هو ضرب من الشكليه .

فى الوكالة أنه ليس بشرط . فإنه قال . إذا قال الموكل لرجل : « إذهب بعبدى هذا إلى فلان فيبيعه فلان منك » . فذهب الرجل بالعبد إليه ، وأخبره أن صاحب العبد أمره ببيعه منه ، فاشتراه منه صح شراؤه ، وإن لم يخبره بذلك ، فالبيع جائز . كذا ذكر محمد فى كتاب الوكالة **وجعل علم المشترى بالتوكيل كعلم البائع الوكيل** ، وذكر فى الزيادات أنه لا يجوز البيع[1] » .

وجاء فى الأشباه والنظائر : « الوكيل لا يكون وكيلا قبل العلم بالوكالة إلا فى مسألة علم المشترى بالوكالة ولم يعلم الوكيلَ البائعَ بكونه وكيلا كما فى البزازية . . وأما إذا علم المشترى بالوكالة واشترى منه ، ولم يعلم البائعَ الوكيلَ كونه وكيلا بالبيع بأن كان المالك قال للمشترى : « إذهب بعبدى إلى زيد فقل له حتى يبيعه بوكالته عنى منك ، فذهب به إليه ولم يخبره بالتوكيل ، فباعه هو منه ، فالمذكور فى الوكالة أنه يجوز ، **وجعل معرفة المشترى بالتوكيل كمعرفة البائع**[2] » .

جاء فى الفتاوى الهندية : « وإذا قال الرجل : « إذهب بثوبى هذا إلى فلان حتى يبيعه » أو « اذهب إلى فلان حتى يبيعك ثوبى الذى عنده » فهو جائز . وهو إذن منه لفلان فى بيع ذلك الثوب ، إن أعلمه المخاطب بما قال المالك ، جاز بيعه رواية واحدة . وإن لم يعلمه ، ففيه روايتان . ولو قال : « إذهب بهذا الثوب إلى القصّار حتى يقصره أو إلى الخياط حتى يخيطه قميصاً » فهو إذن منه للقصار والخياط فى ذلك العمل ، حتى لا يصير ضامناً بعمله بعد ذلك ، كذا فى المبسوط . . . وفى وكالة الأصل ، إذا قال لعبده : إذهب إلى فلان حتى يعتقك ، أو حتى يكاتبك ، فأعتقه فلان ، جاز **ويصير فلان وكيلا بالاعتاق ، علم أو لم يعلم** ، هكذا فى الذخيرة والمحيط . وكذلك لو قال لامرأته انطلقى إلى فلان حتى يطلقك ، فطلقها فلان ، ولم يعلم ، يقع كذا فى محيط السرخسى[3] » .

جاء فى فتح القدير : « الوكيل اذا باع ثم علم بالوكالة لا ينفذ ، لأنه لا يصير

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ ، س ٣٣ .
(٢) الأشباه والنظائر للحموى ، ج ٢ ، ص ١٨ .
(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦٢ .

وكيلا حتى يعلم ... وهذا إذا ثبتت الوكالة قصداً ، أما اذا ثبتت فى ضمن الأمر بالفعل ، ففيه روايتان . وذلك مثل أن يقول لعبده « اذهب الى فلان يبيعك » أو لامرأته « إذهبي إلى فلان يطلقك » أو « اذهب بعبدى إلى فلان فيبيعه منك » فذهب كما أخبره ، ففعل ، ذكر محمد فى كتاب الوكالة أنه جائز . وذكر فى الزيادات أنه لا يجوز ، **فكان فيه روايتان . فى احداهما لا يتوقف على العلم** ، وفى أخرى لا بد من العلم . وذكر فى المأذون ما يوافق الأول ، وهو أنه إذا قال للناس « بايعوا عبدى فإنى أذنت له فى التجارة » فبايعوه ، جاز ، مع أنه لا علم للعبد بالإذن[1] » .

وجاء فى العناية شرح الهدية : « وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع ، لم يجز بيعه . . . فإن قيل : إذا قال لرجل « اشتر عبدى من فلان » ولم يعلم بهذا القول فلان وباع عبده ، **صح من غير توقف على علمه** . أجيب بأنه على الروايتين . ووجه الفرق على رواية الجواز ، أنه ثبت ضمناً . والكلام فى الوكالة يثبت قصداً ، وهذا كما إذا قال: « بايعوا عبدى ولم يعلم به العبد » فإن فيه روايتين . فى إحداهما صح تصرفه ، وإن لم يعلم بالإذن ، لثبوته ضمناً[2] » .

(٢) إذن العبد : الأصل فى إذن العبد أن يكون تعبيراً متلقى ، لا يتم إلا بعلم العبد على أن الفقهاء قد جعلوا شريطة توجيه الإذن إلى العبد بالذات مقصورة على حالة الإذن القصدى . أما فى حالة الإذن الضمنى ، فقد أجازوا قيام هذا الإذن ، ولو لم يوجه إلى العبد على التعيين :

جاء فى الجوهرة النيرة : « ثم إن العبد لايصير مأذوناً إلا بالعلم ، حتى لو قال المولى « أذنت لعبــدى فى التجارة » وهو لايعلم ، لايصير مأذوناً ، كالوكالة . ولو قال : « بايعوا عبدى ، فقد أذنت له فى التجارة » **فبايعوه ، والعبد لايعلم باذن المولى ، يصير ماذونا** فى رواية كتاب المأذون . ومن أصحابنا من قال يكون مأذوناً من غير خلاف[3] » .

---

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ .

(٢) العناية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ ، س ٣٥ .

(٣) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٦٦ ، س ١٤ .

وجاء فى الدر المختار : « المأذون لايكون مأذوناً قبل العلم به إلا فى مسئلة ما إذا قال «بايعوا عبدى ، فإنى أذنت له» **فبايعوه ، وهو لا يعلم ، صار مأذونا** ، بخلاف قوله بايعوا ابنى الصغير — وجاء فى حاشية رد المحتار — حاصله أن اشتراط العلم إذا كان قصدياً . فلو ضمنياً ، كهذه ، جاز بدونه . ونقل البيرى عن الولوالجية أنه لايصير مأذوناً ، فصار فيه روايتان . . ومن المشايخ من قال لافرق بينهما ، وهو الظاهر[1] »

وجاء فى الفتاوى الخانية : « وإنما يشترط علم العبد ليصير مأذوناً إذا كان الإذن مقصوداً ، فإذا لم يكن مقصوداً ، وإنما كان ضمناً ، بأن قال المولى لأهل السوق «بايعوا عبدى هذا » **يصير العبد مأذونا قبل العلم**[2] » .

ويلاحظ أن الاستغناء عن توجيه التعبير المتلقى إلى شخص معين هو استثناء من القاعدة العامة ، فلايجوز إلا بنص . وعلى هذا لايقاس عليه الإذن الضمنى للصغير . فلو قال الأب بايعوا ابنى الصغير ، لايصير مأذوناً ، مالم يعلم بالإذن حقيقة .

جاء فى البدائع : « وذكر فى الزيادات فيمن قال لأهل السوق « بايعوا ابنى فلاناً» فبايعوه ، والصبى لايعلم بالإذن ، أنه لايصير مأذوناً ، مالم يعلم بإذن الأب[3] »

الفرع الثالث

تعدد الموجه إليهم التعبير

١٠٧ — يتطلب الشارع أحياناً توجيه التعبير إلى أكثر من شخص واحد ، ويعتبر التعبير غير قائم إذا لم يصل إلى علم الموجه إليهم جميعاً وذلك كما فى حالة الوكالة بالخصومة ، فالموكل فى هذه الحالة لايستطيع عزل وكيله إلا بحضور الخصم . وكذلك كما فى حالة التوكيل بقبض الدين ، فنى هذه الحالة أيضا لايستطيع الموكل عزل الوكيل إلا بحضور المدين .

جاء فى حاشية الطحطاوى : « للوكيل بالخصومة عزل نفسه إذا علم موكله .

---

(١) إبن عابدين ، ج ٥ ، ص ١١٥ ، س ٢٧ .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٦٢٧ .

(٣) البدائع ، ج ٧ ، ص ١٩٣ .

فإن علم انعزل ، إلا إذا تعلق به حق الغير . . فإنه لا ينعزل بعزل الموكل الصريح إلا بعلم **الخصم** ، فكذا هذا ، فتأمله ![1] » .

وجاء فى مجمع الأنهر : «وفى التنوير وكله بقبض الدين ملك عزله إن كان بغير حضرة [علم] المديون ، وإن وكله بحضرته ، لا ، **إلا اذا علم به المديون** . فلو دفع المديون دينه إلى الوكيل قبل علمه بعزله يبرأ[2]» [3] .

١٠٨ — **الإعلام العام** : قد يكون الموجه إليه التعبير المتلقى أحياناً ليس شخصاً معيناً ، ولا عدة أشخاص، بل جمهور بكامله . وفى هذه الحالة يسمى الإعلام إعلاماً عاما . وهو كالإعلام الخاص جزء مقوم فى التعبير لا يقوم إلا به . ولكن كيف يتم هذا الإعلام ؟ وهل يشترط علم كافة الجمهور حقيقة ؟ وماهى التعبيرات التى يشترط فيها الإعلام العام فى الفقه الإسلامى ؟

(أ) لعلنا نجد فى نطاق القانون الخاص فى الفقه الإسلامى تعبيرين نموذجيين يكون فيهما الإعلام عاما وهما إذن العبد وحجره ، وفى نطاق القانون العام نجد فى الفقه الإسلامى مثالا نموذجيا للاعلام العام وهو تنفيل الإمام فى القتال[4] .

---

(١) حاشية الطحطاوى ، جـ ٣ ، ص ٢٨٧ ، س ٢٦ .

(٢) مجمع الأنهر ، جـ ٢ ، ص ٢٤٧ ، س ١٧ .

(٣) وفى نطاق القانون العام لاينتج التعبير المتلقى أثره إلا إذا وجه إلى شخص معين بالذات ، أما إذا وصل إلى علم الغير فلا ينتج أثره ، كما لو عزل السلطان قاضياً ؛ فما لم يعلم هذا القاضى بعزله لايعتبر العزل قائماً حتى ولو علم به المتخاصمون أنفسهم . وقد ذهب صاحب البحر الرائق فى هذه الحالة إلى إعمال التعبير فى نطاق الحكم الديانى وإهماله فى نطاق الحكم القضائى ، على أن هذا الرأى لم يسد ، لمجافاته طبيعة التعبير المتلقى ، الذى كما رأينا لايقوم إلا إذا علم به الموجه إليه التعبير المقصود به .

جاء فى البحر الرائق : « وإذا عزل السلطان القاضى لاينعزل مالم يصل إليه الخبر كالوكيل ... وينبغى أن الخصم لو علم بعزله ولم يعلم القاضى أنه لاينفذ حكمه لعلمه أنه غير حاكم باطناً ولم أره ! » وقد اعترض ابن عابدين فى حاشيته على البحر الرائق على صاحب البحر بقوله « ظاهر ما مر أنه لاينعزل ظاهراً ، ولا باطناً ، وذلك مناف لما بحثه المؤلف . تأمل ! (البحر الرائق ، جـ ٦ ، ص ٢٥٩ ، س ١٨) » .

(٤) جاء فى البدائع « وأما النفل فى اللغة فعبارة عن الزيادة . . وفى الشريعة عبارة عما خصه الإمام لبعض الغزاة تحريضاً لهم على القتال . أسمى نفلا لكونه زيادة على ما يسهم لهم فى الغنيمه . والتنفيل هو تخصيص بعض الغزاة بالزيادة . نحو أن يقول الإمام : من أصاب شيئا فله ربعه =

(ب) والظاهر أن علم كافة الناس بهذه الأنواع من التعبيرات ليس مشروطا ، بل يكفى فيها علم أكثر الناس وشيوع الخبر بينهم[1] :

جاء فى الفتاوى الخانية : « وإذا حجر على عبده المأذون إذا كان الإذن عاماً مشهوراً عند أهل السوق أيضاً ، فإنما يصح الحجر إذا كان مشهوراً عند أهل السوق أيضاً[2] » .

وجاء فى ابن عابدين : « وينحجر بحجره إن علم هو نفسه ، لدفع الضرر عنه . وأكثر أهل السوق ، إن كان الإذن شائعاً فلو حجر عليه بحضرة الأقل ، لم يعد محجوراً عليه . حتى لو بايعه من علم منهم ، ومن لم يعلم ، جاز البيع لأنه لما صار مأذوناً له فى حق من لم يعلم ، صار مأذوناً ، فى حق من علم أيضاً . لأن الحجر لا يقبل التخصيص ولا يتجزأ ، كالإذن ثبت بهذا عدم صحة الحجر الخاص ، وأن من شرط صحة الحجر التعميم[3] » .

ويستفاد من كلام ابن عابدين الأخير أن شريطة علم أكثر الجمهور بالحجر هى شريطة ركنية بحيث إذا تخلفت لم يكن للحجر أى أثر ، وجاز المأذون تبعاً لذلك التعامل حتى مع من سمع الحجر ، لأن هذا الحجر يعتبر بمثابة إرادة لما تتم بعد .

(ج) ويشير الكاسانى إلى صورة الإعلام العام فيقول : « وأما بيان مايظهر

= أو ثلثه . أوقال « من أصاب شيئاً فهو له » أو قال « من أخذ شيئاً أو من قتل قتيلا فله سلبه » أوقال لسرية « ما أصبتم فلكم ربعه أو ثلثه » أو قال « فهو لكم » وذلك جائز ، لأن التخصيص بذلك تحريض على القتال ، وإنه مشروع ومندوب إليه . لقوله تعالى « يا أيها النبى حرض المؤمنين على القتال » راجع ما سبق ، ف ١٠ ص ١١ .

(١) وفى نطاق القانون العام ليس يشترط فى التنفيل ، وهو تعبير متلق ، إسماع الكافة . جاء فى رد المحتار ، ج٣ ، ص٣٣٠ ، س ٢٢ « وسماع القاتل مقالة الإمام ليس بشرط فى استحقاقه ما نفله إذ ليس فى الوسع إسماع الكل » وجاء (ص ٣٣١ ، س٥) : « ولو نفل السرية الربع . فلهم النفل استحسانا ، والقياس أنه لا نفل لهم ، لأن المقصود التحريض ، ولا يحصل اذا لم يسمعه أحد منهم .. وجه الاستحسان ، أن مايتكلم به فى عسكره يفشو عادة » وجاء فى البحر الرائق (ج ٥ ، ص٩٣ ، س٦) « ولا يشترط فى استحقاق السلب سماع القاتل مقالة الإمام : حتى لو قتل من لم يسمع ، فله السلب ، لأنه ليس فى وسع الإمام إسماع الأفراد ، وإنما فى وسعه إشاعة الخطاب ، وقد وجد » .

(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٦٢٧ .

(٣) ابن عابدين ، ج٥ ، ص ١٠٨ ، س ١٤ .

به الإذن بالتجارة فنقول مايظهر به الإذن بالتجارة نوعان : أحدهما من جهة المولى ...
أما الذى من جهة المولى فهو تشهيره بالإذن وإشاعته بأن ينادى فى أهل السوق
« إنى قد أذنت لعبدى فلاناً بالتجارة فبايعوه » وهو المسمى بـ « الإذن العام »[1]

المبحث الرابع
وقت تمام التعبير المتلقى

الفرع الأول
مفهوم تمام التعبير

١٠٩ — لسنا نستطيع أن نحدد الوقت الذى يتم فيه التعبير المتلقى دون أن نحدد بادىء ذى بدء المقصود من تمام التعبير. ونستطيع أن نحدد تمام التعبير بقولنا : أنه استكمال جميع الوقائع التى تكونه [2] ويعتبر الوقت الذى يستجمع فيه التعبير جميع الشرائط الجوهرية والضرورية لقيامه نقطة انتهاء لوجوده الحسى ، وهو فى نفس الوقت يعتبر نقطة انطلاق لوجوده الشرعى ، ذلك لأن هذا الوجود الأخير لا يتحقق إلا بعد تحقق الوجود الأول ، وليس يفصل بين هذين الوجودين سوى فاصل وهمى لأنهما فى واقع الأمر متصلان .

١١٠ — *تمام التعبير وإنتاجه أثره* : الأصل أن التعبير إذا كان منجزاً ينتج أثره بمجرد تمامه . على أن هذا الأصل ترد عليه استثناءات مختلفة ، منها ما يجعل إنتاج التعبير لأثره سابقاً لتمام التعبير ، ومنها ما يجعل هذا الإنتاج لاحقاً له .

(١) *تقدم إنتاج الأثر على تمام التعبير*: إذا ألقينا نظرة على النص الذى سبق أن نقلناه عن قواعد ابن رجب نجد أن الفقيه الحنبلى قد أشار إلى حالات يسبق فيها الأثر مصدره ، كما فى حالة عتق العبد أثناء مدة الخيار[3] على أن هذه الاستثناءات التى عددها ابن رجب محدودة جداً . لأنها تتضمن خروجاً بيِّناً على القاعدة الفلسفية

---

(١) البدائع ، جـ ٧ ، ص ١٩٤ ، س ١٢ .
(٢) دورما ، ف ٢٦٧ ص ٢٨٨ .
(٣) راجع ما سبق ، ف ٨٠ ، ص ٦٧ .

التي تقضي بتقدم السبب على مسبَّبه ، والقاعدة الفقهية التي تقضي بتعاصر تمام التعبير وإنتاجه لأثره .

(٢) **تراخي إنتاج الأثر عن تمام التعبير** : وقد يتراخى إنتاج الأثر عن تمام التعبير أحيانا كما لو كان ثمة شرائط أخرى ضرورية يجب أن تنضم إلى التعبير لكي يولد أثره . وهذا ما نلمسه في بعض الفروض التي استعرضها الفقيه ابن رجب في نصه الآنف الذكر ، فقد جاء فيه : «قاعدة في بيان الوقت الذي يثبت فيه أحكام الأسباب من المعاملات للأسباب مع أحكامها أحوال : أحدهما ما تقترن أحكامه بأسبابه كالأفعال . . المثال الرابع مايتعلق عليه طلاق أو إعتاق كالأكل والشرب ودخول الدار فإن أحكامه تترتب عليه ، مقرونة به[1] » . وكما هو الحال في الوصية أيضاً فإن إنتاجها لأثرها يتم بمجرد وفاة الموصي ، وقبول الموصى له أو عدم رده . وكما هو الحال في الإيصاء ، كأن تجعل فلاناً وصياً على أولادك فهو لا يفيد أثره إلا بعد موت الموصي . وكذلك الهبة فإنها تنعقد في الفقه الإسلامي — وخلافاً للتشريع الوضعي — بمجرد الإيجاب والقبول[2] على أن إنتاجها لآثارها لا يتم إلا بالقبض ، فعندها يملك الموهوب له الهبة . أما قبل ذلك ، فليس يسعه إجبار الواهب على التسليم ، لأن الهبة لما تنتج آثارها .

ونستخلص مما تقدم ضرورة التفرقة بين التعبير ومجموع الشرائط المكونة للتصرف ، واعتبار انقداح الأثر معاصراً لتمام مجموع الشرائط الضرورية دون تمام التعبير . ومما ينبغي لفت النظر إليه هنا وجوب التفرقة بين العقد الموقوف والعقد المضاف

---

(١) المرجع السابق .

(٢) ومثل الهبة الصدقة والعارية والوديعة والرهن والقرض . وتعرف هذه بالعقود العينية في الفقه الغربي . وقد أشار أستاذنا الشيخ علي الخفيف إلى أن الشركة والمضاربة في حكمها . ويلاحظ أن المالكية قد جعلوا تمام بعض هذه العقود معاصراً لإنتاجها لكافة آثارها ، أو لبعض هذه الآثار . من ذلك مثلا أن الهبة تترتب عليها آثارها عندهم بمجرد صدور الصيغة . فيتملك الموهوب له العين الموهوبة ، ويطالب الواهب أن يسلمها إليه وغاية الأمر أن القبض يمنع بطلان الهبة بموت الواهب أو بإحاطة الدين به ؛ وكذا العارية يترتب أثرها بمجرد صدور الصيغة . وكذا الرهن يلزم بمجرد صدور الصيغة ، فيكون لصدورها أثر هو مطالبة المرتهن بتسليم العين المرهونة ؛ ومع هذا يرى المالكية أن الرهن لا يتم إلا بالقبض للآية . وكذا القرض يلزم بمجرد القول عند مالك . فإذا صدرت الصيغة ، كان للمقترض إجبار المقرض على دفع ما اتفقا عليه من المال . (راجع حكم بقية المذاهب الإسلامية في العقود العينية في أحكام المعاملات الشرعية لأستاذنا الشيخ علي الخفيف طبعة ٩٤٧ ص ٢٥٤) .

إلى زمن مستقبل إذا ما صدر ممن له ولاية إصداره . فقد يظن أن آثار العقد المضاف لا تترتب عليه كالموقوف ،وليس كذلك فإن إرجاء آثاره إلى الوقت المعين أثر من آثار نفاذه فى الحال ، فهو لذلك من العقود النافذة[1] .

١١١ — *تمام التعبير ولزومه* : الأصل أن يتعاصر لزوم التعبير مع تمامه على أنه لما كان مؤدى اللزوم هو حرمان صاحب التعبير من الرجوع فى تعبيره الذى تماسك وأفاد أثره بمجرد تمامه ، فكان طبيعياً أن تتاح الفرصة دوما لصاحب التعبير أن يعدل عن تعبيره ، قبل هذا التمام ، على أن ثمة **حالات يتراخى فيها اللزوم عن التمام** كما فى حالتى الإيجاب ، والوصية ، فى الإيجاب مثلا يجوز للموجب أن يعدل عن إيجابه قبل تمامه الذى يتحقق باتصال الإيجاب بعلم من وجه إليه ولسنا نجد فى هذا العدول خروجا عن القاعدة العامة التى تقضى بتعاصر اللزوم والتمام . أما إذا اتصل الإيجاب بعلم الموجب إليه ، فإن الإيجاب يصبح تاما . ومع ذلك لا يكون ملزما للموجب ، فلهذا الأخير أن يرجع فيه . وفى هذه المكنة نجد خروجا عن الأصل الذى قررناه فى تعاصر التمام واللزوم . ويلاحظ هنا أن تراخى لزوم الإيجاب قد يمتد إلى حين انفضاض مجلس العقد لدى القائلين بنظرية خيار المجلس ، ويشاركه فى هذا القبول . وإلى جانب الإيجاب نجد الوصية أيضا إذ يتراخى لزومها عن تمامها إلى حين الوفاة .

١١٢ — *لزوم التعبير وإنتاجه لأثره* : ثمة تلازم واضح بين إنتاج التعبير لأثره ولزومه ، ذلك لأن هذا الإنتاج يعتبر نقطة انطلاق لارتباط الطرفين بالعقد وعدم إمكان كل منهما التحلل من رابطة العقد بمجرد إرادته ودون توقف على رضى الطرف الآخر . وهذا المعنى الأخير هو ما يقصد باللزوم . ولئن كان إنتاج التعبير لأثره ولزومه يتلازمان أصلا ، فقد ينفك أحدهما عن الآخر ، ونستعرض هنا حالتين لهذا الإنفكاك :

(١) *تقدم اللزوم على إنتاج الأثر* : قد يسبق اللزوم إنتاج الأثر كما فى حالة الإيجاب الملزم الذى أخذ به مذهب مالك . جاء فى الحطاب : « لو رجع أحد المتبايعين

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٣٥٧ .

عما أوجبه لصاحبه ، قبل أن يجيبه الآخر ، لم يفده رجوعه إذا أجابه صاحبه بعد بالقبول [1] » وكذا عقد النكاح فإنه لازم فى حق الفضولى الذى تولاه ، رغم عدم نفاذه قبل إجازة ذى الشأن [2] .

(٢) *تراخى اللزوم عن إنتاج الأثر* : الأصل أن العقد الذى ولد أثره ، لايمكن الرجوع عنه ، على أنه ثمة حالات نادرة جدا يسع صاحب التعبير فيها أن يرجع عن تعبيره رغم إنجابه لأثره . كما فى حالة الموصى له الذى يرد الوصية بعد القبول ، فهذا الرد يعتبر رجوعاً عن القبول الذى ولد آثاره مستندة إلى حين الوفاة حيث يتملك الموصى له ثمار الموصى به من ذلك الحين، فإذا ما رد الوصية، فالأصل أن يلغو هذا الرد ، لأن الوصية غدت لازمة فى حقه ، ومع هذا فقد أجاز قانون الأحوال الشخصية السورى فى مادته ٢٢٩ قيام هذا الرد ، رغم تراخيه عن إنتاج القبول لأثره [3] وثمة استثناء آخر ذكره ابن قاضى سماوة يجيز للفاسخ أن يرجع عن فسخه رغم لزومه وإنتاجه لأثره فقد جاء فى جامع الفصولين : «أجاز بعد الفسخ ، وقبل المشترى ، جاز استحسانا [4] »

ويلاحظ هنا أن ثمة حالات يلد العقد فيها مسلوب اللزوم . كحالة العقود غير اللازمة ، وهى لا نعتبر استثناء من الأصل الذى قررناه ، لأن انفكاك اللزوم فيها عن إنتاج الأثر هو انفكاك طبيعى .

الفرع الثانى

وقت تمام التعبير المتلقى

١١٣ — إن وقت تمام التعبير المتلقى فى الفقه الإسلامى ليس هو وقت وصوله إلى المخاطَب ، ولا وقت سماعه له ، بل هو وقت فهمه وإدراكه .

---

(١) شرح الحطاب ، ج ٤ ص ٢٤٠ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ على الخفيف ، ص ٣٤١ .

(٣) جاء فى المادة ٢٢٩ من ق أ . ش « لا عبرة لقبول الوصية بعد الرد ، ولا للرد بعد القبول إلا أن يقبل الورثة . » ويلاحظ هنا أن المادة ٧٩٠ من القانون الفرنسى تسمح للوارث أن يقبل التركة بعد ردها رغم صيرورته غريباً عن التركة بهذا الرد . ويقول الفقيه دوموغ فى هذا الصدد إن الصياغة الفقهية تنحنى أمام الاعتبارات العملية . راجع دورما ، ف ٢٧٢ ، ص ٢٩٤ .

(٤) جامع الفصولين ، ج ١، ص ٢٤٢، س٣٢ .

جاء فى البدائع : « وكذا لو كان [الوكيل] غائبا فكتب إليه كتاب العزل ، **فبلغه** الكتاب ، و **علم** بما فيه انعزل[1] » .

وجاء فى البحر الرائق : « وشرط فى الحاوى القدسى **السماع والفهم**[2] » .

ويستفاد من هذين النصين بوضوح أن وصول التعبير غير كاف لقيام التعبير المتلقى بل لابد من سماعه وفهمه . ويعتبر هذا الفهم هو الغاية التى يجب أن تنتهى إليها وسائل الإعلام . إذ بدونه لاتعتبر وسائل الإعلام موجودة شرعاً ، ويتخلف الركن المادى للإعلام تبعاً لتخلف هذه الوسائل ، وينهار التعبير المتلقى عندها تبعاً لعدم توافر إعلامه المنشىء . ويترتب على ما تقدم أن التعبير المتلقى لايقوم إذا كتب بلغة يسع المخاطَب به قراءتها ولا يسعه فهمها .

المطلب الأول

تعاصر تمام التعبير المتلقى وإنتاجه لأثره

١١٤ — إن آثار التعبير المتلقى تنقدح حالما يستكمل هذا التعبير وسائل إعلامه أما قبل هذا الاستكمال فإن التعبير المتلقى يعتبر نية مضمرة ، ليس من شأنها أن تولد أثراً . ويعتبر تراخى انقداح آثار التعبير المتلقى إلى حين تمام وسائل إعلامه مظهرا من مظاهر الإفتراق بين التعبير المتلقى والتعبير الملقى ، ذلك لأن هذا الأخير هو خال أصلا من وسائل الإعلام ويعتبر صدوره كافياً لانقداح الأثر . ونستعرض فيما يلى نصوصاً فقهية تشير بوضوح إلى توقف آثار التعابير المتلقاة على توافر علم المخاطَبين بها .

(ا) **تعيين الوكيل** : جاء فى الفتاوى الهندية : « وعلم الوكيل بالوكالة شرط عمل الوكالة حتى أن من وكل غيره ببيع عبده ، أو بطلاق امرأته ، والوكيل لايعلم ، فطلق أو باع ، لايجوز بيعه ولا طلاقه ، هكذا ذكر محمد رحمه الله تعالى فى الجامع الصغير ، كذا فى المحيط والذخيرة **اذا وكل انسانا لا يصير وكيلا قبل العلم** ، وهو المختار[3] . »

---

(١) البدائع ، ج ٦ ، ٣٧ ، س ١٥ .

(٢) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ٢٤ .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٥٦٢ .

وجاء فى البدائع : «لاخلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط.. حتى لو وكل رجلا ببيع عبده . فباعه الوكيل من رجل قبل علمه ، وعلم الرجل بالتوكيل ، لايجوز بيعه ، حتى يجيزه الموكل أو الوكيل بعد علمه بالوكالة[1] » .

وجاء فى الفتاوى الخانية «رجل أودع رجلا ألفاً» ، ثم قال فى غيبة المودع «أمرت فلاناً أن يقبض الألف التى هى وديعة لى عند فلان » ، ولم يعلم المأمور بذلك إلا أنه قبض الألف من المودع ، فضاعت ، فلرب الوديعة الخيار ، إن شاء ضمن الدافع ، وإن شاء ضمن القابض[2]»

وجاء فى العناية شرح الهداية : « وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتى باع لم يجز بيعه[3] . »

(ب) **عزل الوكيل** : جاء فى البدائع : « وعن أبى يوسف فى الموكل إذا عزل الوكيل ولم يعلم به ، فباع الوكيل، وقبض الثمن، فهلك الثمن فى يد الوكيل ، ومات العبد قبل التسليم إلى المشترى ، كان للمشترى أن يرجع بالثمن على الوكيل ، ويرجع الوكيل على الموكل كما قبل العزل سواء ، لأن العزل لم يصح لانعدام شرط صحته وهو العلم[4] . »

جاء فى فتح القدير : « قال القدورى فى مختصره فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته ، وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله[5] . »

جاء فى الجوهرة النيرة : « وإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم . . . فعلى هذا إذا وكله ببيع عبد ، ثم عزله ، وهو لا يعلم ، فباع الوكيل العبد ، وقبض الثمن ، فهلك فى يد الوكيل ، ومات العبد فى يد الموكل قبل أن يسلم إلى المشترى ، فإنه يرجع بالثمن على الوكيل ، ويرجع الوكيل على مولى العبد ، لأنه لم ينعزل ، فما تصرف فيه فهو على موكله ، وما لزمه من الضمان يرجع به عليه[6] . »

---

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ ، س ٣٣ .
(٢) الفتاوى الخانية ، ج ٣ ، ص ٥ ، س ٣٦ .
(٣) العناية شرح الهداية على فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ ، س ٣٤ .
(٤) البدائع ، ج ٦ ص ٣٧
(٥) فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٢٥ ، ١٤ .
(٦) الجوهرة النيرة ، ج ١ ، ص ٣٠٤ .

وجاء فى المادة ١٥٢٣ من المجلة : « وإذا عزل الموكل الوكيل فيبقى على وكالته إلى أن يصل إليه خبر العزل ويكون تصرفه صحيحاً إلى ذلك الوقت[(١)] »

(جـ) **حجر المأذون** : جاء فى رد المحتار : « فلو لم يعلم [العبد المأذون بالحجر] فاشترى وباع كان مأذوناً والحجر باطل ، لأن حكم الحجر لا يلزم إلا بعلمه[(٢)]. »

(د) **حجر المدين** : وجاء فى البحر الرائق: «لا يحجر عليه بسبب الدين .. وهذا عند الإمام .. وعندهما يجوز الحجر عليه . . وفى التتار خانية يشترط علم المحجور عليه حتى يصير محجوراً عليه[(٣)]. »

(هـ) **تفويض المرأة بالطلاق** : جاء فى البدائع : « ولو جعل الأمر بيدها وهى غائبة أو حاضرة لم تسمع ، لا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر ، فإذا علمت بالتخيير صار الأمر بيدها فى أى وقت علمت ، إن كان التفويض مطلقاً عن الوقت ، وإن كان مؤقتاً بوقت ، وعلمت فى شىء من الوقت ، صار الأمر بيدها . فأما إذا علمت بعد مضى الوقت ، لا يصير الأمر بيدها بهذا التفويض أبداً ، لأن ذلك العلم لا ينفع[(٤)]. »

المطلب الثانى

تعاصر تمام التعبير المتلقى ولزومه

١١٥ — لئن كان استكمال التعبير المتلقى لوسائل إعلامه ، وتمامه من ثم ، يؤذن كما رأينا بانصراف آثار التعبير إلى المخاطِب بهذا التعبير والمخاطَب به فهو فى نفس الوقت يؤذن بلزوم هذا التعبير ، ويحول دون قيام صاحبه بالعدول عنه بعيد هذا اللزوم ، ونستعرض فيما يلى نصوصاً فقهية تشير بوضوح إلى تعاصر لزوم التعبير المتلقى وتمامه :

---

(١) راجع م ٧١٦ من القانون المدنى السورى .

(٢) إبن عابدين ، جـ ٥ ، ص ١٠٨ ، س ١٤ .

(٣) البحر الرائق جـ ٨ ، ص ٨٣ . نقلا عن مصادر الحق ، جـ ٥ ، ص ١٢٧ .

(٤) البدائع ، جـ ٣ ، ص ١١٣ ، س ٢٤ .

(أ) **رد الوكالة** : جاء فى الفتاوى الهندية : « الوكيل إذا رد الوكالة ترتد ، هذا إذا علم الموكل بالرد ، وأما إذا لم يعلم ، فلا ترتد ، حتى أن من وكل غائباً ، فبلغه الخبر ، فرد الوكالة ، ولم يعلم الموكل به ، ثم قبل الوكالة ، صح قبوله ، وصار وكيلا[1] . »

(ب) **الفسخ بخيار الشرط** : جاء فى رد المحتار : « ولو أجاز البيع بعد فسخه ، قبل أن يعلم المشترى ، جاز ، وبطل فسخه ، ذكره الإسبيجابى يعنى عندهما[2] . »

وجاء فى البحر الرائق : « وكذا إذا أجاز البائع بعد فسخه ، قبل أن يعلم المشترى جاز ، وبطل فسخة ذكره الاسبيجابى[3] . »

وجاء فى المبسوط : « اختار ردها على البائع بغير محضر [علم] منه ، فليس ذلك بشىء ، وله أن يرضى بعد ذلك ، مالم يعلم البائع بفسخه[4] . »

وجاء فى البدائع : « وكذا لو أجاز الفاسخ العقد بعد فسخه ، وقبل علم صاحبه ، جازت إجازته ، ولزم العقد، وبطل فسخه[5] . »

(حـ) **إذن العبد** : جاء فى الفتاوى الخانية : « المولى إذا أذن لعبده الغائب لا يصير مأذونا قبل العلم ، وإذا علم يصير مأذونا . وكذا لو حجر على عبده المأذون الغائب ، لا يصير محجوراً قبل العلم . ولو أذن المولى لعبده الغائب ، ثم حجر عليه قبل أن يعلم ، ثم علم العبد بالإذن السابق ، لا يصير مأذوناً[6] . »

ويلاحظ من النصوص السابقة أن التعبير المتلق الذين لما يصل إلى علم المخاطَب ، هو تعبير مهدر ، لأن الركن المادى فيه قد تخلف ، ولهذا جاز فى الأمثلة السابقة : للوكيل أن يقبل الوكالة بعد ردها ، ولصاحب الخيار أن يجيز العقد بعد

(١) الفتاوى الهندية ، جـ ٣ ص ٦٣٩ ، س ٣٢ .
(٢) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٥٧ .
(٣) البحر الرائق ، جـ ٦ ، ص ١٧ ، س ١٤ .
(٤) المبسوط ، جـ ١٣ ، ص ٤٤ .
(٥) البدائع ، جـ ٥ ، ص ٢٧٣ .
(٦) الفتاوى الخانية ، جـ ٣، ص ٦٢٧ ، س ٣ .

فسخه ، وللمولى أن يحجر على العبد قبل علمه بالإذن ، لأن كلا من الرد والفسخ والإذن لم يصل إلى علم المخاطَب به[1] .

الفرع الثالث

العوارض التى تعترض التعبير قبل تمامه

١١٦ — رأينا سابقاً متى يصبح التعبير المتلق تاماً لازماً لا رجعة فيه . ونتكلم الآن عن الأسباب الخارجية التى تعرض لهذا التعبير قبل بلوغه غايته وتحول دون تحققه . ويمكننا أن نقسم هذه الأسباب إلى أسباب تتصل بإرادة صاحب التعبير كالرجوع وأسباب خارجة عن إرادته ، كالموت ، وفقد الأهلية .

المطلب الأول

الرجوع

١١٧ — يمكننا أن نميز بين أنواع ثلاثه للرجوع فى الفقه الإسلامى :

(١) رجوع عن تعبير ناقص : كما هو الحال فى الإيجاب الذى لما يصل إلى علم الموجب إليه ، حيث يجوز للموجب الرجوع عن التعبير ، ويسمى أستاذنا الدكتور السنهورى الرجوع فى هذه الحالة « عدولا »[2] .

(٢) رجوع عن تعبير تام لما ينتج آثاره : كحالة الإيجاب الذى اتصل بعلم الموجب إليه ، ولما يقترن بالقبول ، وحالة الوصية .

(١) وفى نطاق القانون العام يعتبر رد القاضى لتعيينه تعبيراً متلقى، للقاضى الرجوع فيه ما لم يصل إلى علم السلطان . جاء فى الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ٣١٨ ، س ٩) : السلطان إذا قلد رجلا ، فرد القاضى . إن قلده مشافهة ، ليس له أن يقبل بعد ما رد وإن قلده مغايبة بأن بعث إليه منشوره فرده ثم قبله ، فله ذلك . وإن كان التقليد بالرسالة ، فرده ، كان له أن يقبل بعد ذلك ، ما لم يعلم السلطان بالرد » ويلاحظ أن عزل القاضى نفسه هو تعبير متلق . جاء فى المرجع السابق : القاضى إذا قال « عزلت نفسى » أو « أخرجت نفسى عن القضاء » وسمع السلطان ينعزل ، أما بدون السماع ، فلا » .

(٢) الوسيط ، ج ١ ، ص ١٨٤ .

(٣) رجوع عن تعبير تام أنتج آثاره : كحالة العقود غير اللازمة حيث يجوز لأحد العاقدين أو لكليهما الرجوع عن العقد الذى ولد آثاره .

ويلاحظ أن الرجوع عن العقد غير اللازم هو تعبير متلق فى الفقه الحنفى كعزل الوكيل بخلاف الرجوع عن الإيجاب فى التعاقد بين الغائبين ، والرجوع عن الوصية فإن الإجماع فى هذا المذهب على أنهما تعبيران متلقيان أما الرجوع عن الإيجاب فى التعاقد بين الحاضرين ، فقد اختلفت الأنظار فيه ، فالبعض يرى أنه تعبير ملق ، والبعض الآخر يرى أنه تعبير متلق .

النصوص الفقهية :

الرجوع في التعاقد بين الحاضرين : جاء فى الفتاوى الهندية : « وللموجب أيا كان أن يرجع قبل قبول الآخر ، هكذا فى النهر الفائق . ولابد من سماع الآخر رجوع الموجب كذا فى التتارخانيه ، وفى اليتيمة يصح الرجوع وإن لم يعلم ، الآخر كذا فى البحر الرائق . لو قال البائع : بعت منك هذا العبد بكذا . ثم قال : رجعت . ولم يسمع البائع ، وقال المشترى : اشتريت . ينعقد البيع ، كذا فى الظهيرية [1]. »

الرجوع فى التعاقد بين الغائبين : جاء فى البدائع : « ولو كتب شطر العقد ثم رجع ، صح رجوعه ؛ لأن الكتاب لا يكون فوق الخطاب . ولو خاطب ، ثم رجع ، قبل قبول الآخر ، صح رجوعه ، فههنا أولى . كذا لو أرسل رسولاً ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع ، فههنا أولى . وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به[2] » .

وجاء فى تبيين الحقائق : « ويصح رجوعه عن ذلك [الإيجاب] بعدما كتب وبعد ما أرسل قبل قبول الآخر ، سواء علم الرسول أو لم يعلم ، **بخلاف ما اذا عزل الوكيل** بغير علمه فإنه لا ينعزل[3] » .

وجاء فى فتح القدير : « ويصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذى كتبه

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٨ . (٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٨ .
(٣) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٤ .

وأرسله قبل بلوغ الآخر وقبوله ، سواء علم الآخر أو لم يعلم، حتى لو قبل الآخر بعد ذلك لا يتم البيع[1] » .

المطلب الثانى

أثر الموت وفقد الأهلية فى التعبير المتلقى

١١٨ — ثمة رأيان فى الفقه الإسلامى فى صدد صلة التعبير بصاحبه: رأى يقول إن التعبير عن الإرادة يتبع صاحبه بعد صدوره عنه وقد قال به جمهور أهل السنة ، ورأى يقول إن التعبير عن الإرادة يستقل عن صاحبه رغم صدوره عنه ، وقد قال بهذا الرأى المذهب الإباضى. ومقتضى الرأى الأول أن التعبير عن الإرادة يسقط بمجرد وفاة صاحبه أو فقده لأهليته قبل وصول التعبير إلى علم من وجه إليه . ومقتضى الرأى الثانى أن يظل التعبير قائماً ينتج أثره بمجرد وصوله إلى علم من وجه إليه رغم وفاة صاحبه أو فقده لأهليته

ويبدوا أن حجة الرأى الأول أن الإرادة وإن خرجت من صاحبها تظل لصيقة به، تموت معه ، وتزول بفقده لأهليته . فالإرادة المحضة ليس يسعها الإنتقال إلى خلف صاحبها، وليس يسعها أيضاً الإنتقال إلى ممثله الشرعى إذ ليس من شأنهما تلقى التصرفات التى لما يتم تكوينها . أما حجة الرأى الثانى فهى كما يظهر أن صاحب التعبير قد عمل كل ما فى وسعه قبل الإصدار ليجعل التعبير صحيحاً ، والتعبير إذ ينفصل عن صاحبه يكون له وجود مستقل فيجب تبعاً لذلك أن ينتقل إلى الوارث بالحالة التى كان عليها عند مورثه وما دام أن الموجب « كان يستطيع الرجوع فى هذا الإيجاب ، ما دام أن القبول لم يقترن به ، وأن الإيجاب لم يكن ملزماً . فلا جرم يكون للورثة أن يرجعوا فى هذا الإيجاب ، أسوة بما كان يستطيع مورثهم أن يعمله ، لو كان حياً[2] . »

النصوص الفقهية

(١) الرأى القائل بتبعية التعبير لصاحبه :

جاء فى الفتاوى الهندية : « ويشترط لصحة القبول حياة الموجب ، فلو مات قبله بطل الإيجاب . كذا فى النهر الفائق[3] . »

---

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٩ . (٢) حجازى ، ف ٣٠٤ ، ص ٢٢٦ .
(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٧ .

وجاء فى رد المحتار : « قال فى البحر والحاصل أن الإيجاب يبطل بما يدل على الإعراض وبرجوع أحدهما عنه ، وبموت أحدهما ، ولذا قلنا إن خيار القبول لا يورث[1] »

هذا ويبدو أن قانون الأحوال الشخصية السورى قد جنح الى الرأى القائل بسقوط التعبير بفقد صاحبه أهليته . جاء فى المادة ١١ منه : « يبطل الإيجاب قبل القبول بزوال أهلية الموجب وبكل ما يفيد الإعراض »

(ب) الرأى القائل باستقلال التعبير عن صاحبه

جاء فى النيل : « وإن تجنن مشتر قبل قبول ، علق البيع ، وخليفته بمقامه إن كانت ، وإلا أجبر أولياؤه باستخلاف عليه إن طلب البائع فى الأظهر . وإن مات فوارثه بمقامه . وجاز قبوله إن ارتد أيام استتابته وبعدها إما مسلم أو مقتول ، إن لم يكن المبيع رقيقاً أو مصحفاً أو آلة ضرب[2] . »

وجاء أيضاً : « ومن باع فمات أو جن أو ارتد ، فبداله ، علق المشترى ، وخير[4] . »

الفرع الرابع
تكون العقد

١١٩ — وننتقل هنا إلى بحث مسألة هامة ذات صلة وثيقة بوقت تمام التعبير ، تلك هى مسألة تكون العقد . فما هى علاقة هذه المسألة بتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة ؟ الواقع أن العقد يتم عادة عند تمام القبول ذلك لأن الإيجاب والقبول ليسا متعاصرين بل هما يصدران تترى ويرافق تمام العقد التعبير المتأخر منهما زمنا ، فلكى نتعرف على زمان انعقاد العقد ، يجب أن نعلم أولا زمان تمام القبول ولكى نعرف متى يتم

---

(١) رد المحتار ، ج ٤ ، ٢٩ .

(٢) النيل ، ج ٢ ، ص ١١.

(٣) المرجع السابق . راجع أيضاً مصادر الحق للسنهورى ج ٢ ، ص ١٣ .

القبول ، يجب أن نعلم بادىء ذى بدء أهو تعبير ملق أو تعبير متلق ؟ فإذا كان تعبيراً ملق ، تم العقد بمجرد علم المخاطَب به . ومن هنا جاءت الصلة بين تكوين العقود وتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة .

وسنبحث فيما يلى أولا : متى يتم التعاقد بين حاضرين ؟ ثانيا : متى يتم التعاقد بين غائبين ؟

المطلب الأول

متى يتم العقد فى التعاقد بين حاضرين ؟

§ ١ — المذهب الحنفى

١٢٠ — اختلفت الأنظار فى المذهب الحنفى فى وقت تكوين العقد عندما يتم بين حاضرين . فقد ذهب فريق إلى أن العقد فى هذه الحالة يتم بمجرد صدور القبول . وذهب فريق آخر إلى أنه يتم فى الوقت الذى يتصل فيه القبول بعلم الموجب . وواضح كما أشرنا سابقاً أن مرد الخلاف فى هذه المسألة هو اختلاف الفقهاء فى تصنيف تعبير القبول . فالذين ذهبوا إلى أنه تعبير ملقى ، قالوا إن العقد يتم بمجرد القبول ، ولم يشترطوا سماع الموجب ، والذين ذهبوا إلى أنه تعبير متلقى ، قالوا إن العقد لا يتم بمجرد القبول ، بل بسماع الموجب .

(ا) نظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين

١٢١ — تقضى هذه النظرية باشتراط سماع كل من العاقدين كلام الآخر . ومؤدى هذه الشريطة أن يعتبر زمان انعقاد العقد هو زمان سماع الموجب لتعبير القابل ، فما لم يتم هذا السماع لا ينعقد العقد . ويترتب على ذلك أن يكون للقابل الحق فى سحب قبوله قبل أن يصل إلى علم الموجب .

ولقد كان أول قائل بهذه النظرية هو أبو نصر الباخى المتوفى عام ٣٠٥ هجرية جاء فى كتاب النوازل لأبى الليث السمرقندى المتوفى ٣٧٣ هجرية : « سئل أبو نصر عن رجل قال لرجل : بعنى عبدك . فقال : بعت . فقال المشترى : اشتريت ، ولم يسمع قول المشترى .

قال : للبائع أن ينقض البيع مالم يكن جوابا يُسْمَع[1] » .

ويلاحظ أن أنصار هذه النظرية لا يعممون حكمها على جميع العقود فقد تجد منهم — كالرحمتى مثلا — من يشترط السماع فى النكاح دون البيع ، ولعل مرد ذلك هو فقدان نظرية عامة للعقد فى الفقه الإسلامى . وقد أبانت الخلاصة عن عدم شمول نظرية العلم فى الفقه الحنفى لجميع العقود حيث تقول :

« وسماع كل واحد من العاقدين كلام الآخر شرط صحة البيع بالإجماع ، وفى النكاح المختار أنه شرط ، وفى الخلع كذلك أيضاً[2] . »

على أنه يلاحظ أن الفقه الحنفى كان يسير فى تطوره نحو تطبيق نظرية العلم فى عقد النكاح دون عقد البيع، يؤيدذلك أن المتون المتأخرة كدرر الحكام وتنوير الأبصار وشروحها وحواشيها قد اقتصرت على اشتراط الإعلام المنشىء فى عقد النكاح دون عقد البيع[3]

هذا وقد تعددت الطرق التى دلل بها أنصار الإعلام المنشىء فى التعبير التعاقدى فى التعاقدين حاضرين على ضرورة هذا الإعلام فمنهم من استند إلى تعليل نقلى ومنهم من استند إلى تعليل فنى .

١٢٢ — (١) **التعليل النقلى** : استند إلى هذا التعليل السيد أحمد الحموى الذى اقتصر فى تعليله لشرط السماع فى الإيجاب والقبول على التصريح بأن الأعلام المنشىء يجب أن يعتد به لأن الكتب المعتمدة فى المذهب قد صرحت بوجوب هذا الاعتداد .

جاء فى حاشية فتح الله المعين للعلامة أبى السعود : أن « السماع شرط فى الإيجاب والقبول كما صرح به فى المعتبرات . وإذا فقد الشرط فقد المشروط[4] » .

---

(١) فتاوى السمرقندى ، ورقة ١٠٠ ، ص ٢ ، سطر ١٢ .

(٢) الخلاصة لافتخار الدين ، ورقه ١٥٣ ، سطر ٥٦ .

(٣) راجع عرضاً تاريخياً هاماً لشرط السماع فى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين حاضرين فى الملحق رقم ١ من هذه الرسالة .

(٤) فتح الله المعين ، ج ٢، ص ٦.

١٢٣ — (٢) التعليل الفنى : تعددت الأدلة الفنية التى جاء بها الفقهاء لدعم ضرورة الإعلام فى التعاقد بين حاضرين وهى تارة تستند إلى مفهوم الكلام ، وحيناً إلى فكرة الارتباط والتخاطب، وطوراً إلى فكرة اتحاد المجلس، على أن أهم سند عوّل عليه الفقهاء فى دعم هذه الضرورة كان يرجع إلى فكرة التراضى . ونستعرض فيما يلى مختلف هذه التعليلات .

(ا) مفهوم الكلام: وقد عول عليه فى تسويغ شرط السماع كل من شمس الدين القهستانى ، وابن ملك ، وابن عابدين .

قال القهستانى فى كتابه جامع الرموز : « يشترط سماع كل من العاقدين كلام الآخر ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع ، لا بمحض التعقل[1] » .

وقال ابن ملك فى شرحه للوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن العقد ينعقد بكلامهما ، فلابد من سماعهما[2] »

وقال ابن عابدين فى حاشيته رد المحتار : « وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى ... وهذا أوجه ... لأن الكلام من الكلم ، وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، فتكليمه فلاناً لا يحصل إلا بسماعه[3] » .

(ب) فكرة الارتباط : وقد استند إليها كل من الكمال بن همام ، ونور الدين الباقانى .

قال الكمال فى فتح القدير : « والإنعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق ، وبسمع كل من العاقدين كلام صاحبه[4] » .

وقال الباقانى فى بحر الأنهر على ملتقى الأبحر : « وسماع كل من العاقدين كلام الآخر شرط أيضاً ، إذ لا ارتباط بغير سماع[5] » .

---

(١) جامع الرموز للقهستانى ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ٢١

(٢) شرح وقاية الرواية لابن ملك ، ورقة ٧٠ ، س ٣٩ ، (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٣) رد المحتار ، ج ١ ، ص ٣٧٦ .

(٤) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .

(٥) بحر الأنهر على ملتقى الأبحر للباقانى ، ورقة ١١٥ ، س ٤٠ ، (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(ج) فكرة التخاطب : وقد اعتد بها صاحب مفتاح القيود .

قال صاحب مفتاح القيود : « وشرط سماع كل واحد منهما ... لأنهما إذا لم يسمعا كلام الآخر لم يحصل الإيجاب والقبول بالنسبة إليهما ، وإن وجدا صورة ، لأن الإيجاب والقبول يحصلان بينهما بالتخاطب ، فإذا لم يوجد السماع ، لم يحصل التخاطب[1] » .

(د) فكرة اتحاد المجلس : وقد ارتكز عليها تقى الدين الشمّنى .

قال الشمنى فى كتابه كمال الدراية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته[2] » .

(هـ) فكرة التراضى : وقد عمد إلى تأسيس شريطة السماع عليها كثير من الفقهاء ويأتى فى مقدمتهم منلاخسرو والرحمتى قال الأول فى كتابه درر الحكام شرح غرر الأحكام : « ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر إذ لولاه لم يتحقق الرضا[3] »

وقال الرحمتى فى حاشيته على الدر المختار : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) قوله ليتحقق رضاها ، أى ليصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا[4] » .

نظرية الاعلان فى التعاقد بين حاضرين

١٢٤ — إلى جانب أنصار نظرية العلم فى الفقه الحنفى نجد فريقاً من الفقهاء يميلون إلى اعتبار تعبير القبول تعبيراً ملقى لامتلقى وينادون من ثم باعتبار العقد بين حاضرين منعقداً بمجرد الإعلان . وندلى فيما يلى باعتراض هذا الفريق على الحجج النقلية والفنية التى أتى بها أنصار النظرية الأولى .

١٢٥ — (١) **الاعتراض على التعليل النقلى** : إن الأساس النقلى الذى استند إليه السيد أحمد الحموى فى اعتداده بالإعلام المنشىء فى التعاقد بين حاضرين كان هدفاً

(١) مفتاح القيود ، (مخطوط فى مكتبة بلدية الاسكندرية) .

(٢) كمال الدراية للشمنى ج ١ ، ورقة ١٣٥ ، س ٢٥ (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٣) درر الحكام ، ج ١ ، ص ٣٢٩ ، س ٥ .

(٤) رد المحتار ، ج ٢ ، س ٢٧٨ .

لتجريح الفقيه الكبير ابن الكمال باشا الذى نفى اعتداد الكتب المعتبرة بالإعلام المنشىء فى كتابه إيضاح الإصلاح ، قال :

« ذكر هذا الشرط [سماع كل من العاقدين كلام الآخر] فى الخلاصة ، ولم يذكر فى عامة الكتب ، بل ذكر فى بعضها مايدل على أنه ليس بشرط[1] » .

ولعل ابن الكمال باشا يقصد بالكتب المعتبرة كتابى مختارات النوازل للمرغينانى والكافى للنسفى .

(أ) فقد ضعف الأول منهما هذا الشرط فى موضعين الأول : حين أشار إلى أن العقد بين غائبين ينعقد بمجرد إعلان القبول ، ومعنى هذا أنه لا يشترط سماع الموجب لكلام القابل . يؤيد هذا ماجاء فى حاشية آلهى زاده على جامع الرموز ، حيث يعلق على كلام ابن الكمال باشا بقوله : « ذكر هذا الشرط فى الخلاصة ، ولم يذكر فى عامة الكتب ، بل فى بعضها مايدل على أنه ليس بشرط ، فنقل عن مختارات النوازل بعث كتاباً يخطبها ، فقرأته عند الشهود ، وقالت . اشهدوا أنى زوجت نفسى منه ، يصح[2] » .

والثانى : حين ضعف شريطة إعلام الإرادة فى التعاقد بين حاضرين فى النكاح حيث يقول : « وقيل لا يصح [النكاح] مالم يسمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه[3] » .

(ب) وضعف حافظ الدين النسفى هذا الشرط حين ارتضى قول صاحب المحيط الذى مال إلى ترجيح قول الهندوانى والفضلى اللذين لا يقولان بضرورة الإعلام المنشىء حيث يقول : «وقال الهندوانى والفضلى . . وأدنى المخافته أن يسمع نفسه إلا لمانع . وعلى هذا الاختلاف كل مايتعلق بالنطق كالعتاق والطلاق . . والبيع . . وقيل الصحيح فى بعض التصرفات يكفى سماعه وفى بعضها شرط سماع غيره كما فى البيع . قال صاحب المحيط : الأصح قول الشيخين[4] » [5] .

(١) إيضاح الإصلاح ، ورقة ٧٧ ، س ٢١ .

(٢) حاشية الهى زاده ، ورقة ١٣٩ ، س ١٦ (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٣) مختارات النوازل لبرهان الدين المرغينانى ، ج١ ، ورقة ٨٢ ، س٢ (مخطوط فى مكتبة الأزهر)

(٤) الكافى لحافظ الدين النسفى ، ج١ ، ورقة ٣١ (مخطوط فى مكتبه الأزهر) .

(٥) وسنرى فى الملحق رقم ١ من هذه الرسالة ، عند استعراضنا لتطورات شرط السماع أنه بالإضافة إلى هذين الكتابين ثمة كتب عديدة معتبرة ، وهى الهداية والوقاية والمختار ومجمع البحرين والكنز ، أغفلت ذكر هذا الشرط عند بحثها لشرائط الصيغة ، وانفردت الوقاية فى ذكره فى صدد بحثها لشرائط عقد النكاح .

١٢٦ — (٢) **الاعتراض على التعليل الفنى** : استهدف التعليلان الفنيان اللذان أتى بهما ابن عابدين ومنلاخسرو لدعم شريطة السماع فى التعاقد بين حاضرين لنقد الفقيهين الشيخ مصطفى الرحمتى والشيخ عبد القادر الرافعى .

فقد ذكر الرحمتى فى حاشيته على الدر المختار تأييده للتعليل النقلى الذى أتى به حافظ الدين النسفى فى كتابه الكافى الذى سبق أن أشرنا إليه واعترض على حجة ابن عابدين الفنية التى أيد بها الرأى المخالف مستنداً فيها إلى مفهوم الكلام .

قال الشيخ الرحمتى : « ووجه ما صححه فى الكافى أن الإيجاب من البائع مثلا ما أوجب به للمشترى القبول . والموجب هو البائع . فالشرط وجود الفعل منه وهو نطقه وذلك فى تصحيح الحروف سواء سمع الثانى أولا .

بخلاف ما لو حلف لا يكلمه فإن الكلام مأخوذ من الكلم ، وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسماعه[1] » .

ويلاحظ أن الشيخ الرحمتى يميز بين نطاقين : نطاق التعاقد ، حيث لايشترط سماع التعبير . ونطاق الأيمان ، حيث يتقيد فيه بمفهوم الكلام ، فلا يعتبر الحالف حانثاً إلا إذا أسمع كلامه للغير .

وذكر الشيخ عبد القادر الرافعى فى كتابه التحرير المختار لرد المحتار نقده للتعليل الذى أتى به الفقيهان منلاخسرو وابن عابدين[2] حيث يقول :

« (قول الشارح ليتحقق رضاهما) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمعاً لها ، وقبلت غير مسمعة له قبولها ، فقد صدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع هذا لا ينعقد النكاح ، تأمل ![3] »[4] .

---

(١) طوالع الأنوار للسندى ، جـ١ ، ورقة ٧٣٩ (مخطوط فى مكتبة الأزهر)

(٢) يلاحظ هنا أنه بينما يرفض الشيخ الرحمتى الإعلام المنشئ فى عقد البيع يؤيده فى عقد النكاح (راجع رد المحتار ، جـ٢ ، ص ٢٧٨) .

(٣) التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى ، جـ ١ ، ص ١٨١ ، س ١ .

(٤) سيتسنى لنا نقد التعليلات الأخرى عند بحثنا لمعيار الإعلام المنشىء .

ويلاحظ أن ثمة فارقاً بين نقدى الرحمتى والرافعى . فبينا اقتصر الأخير على نقد شرط الإعلام المنشىء فى القبول ، يبدو أن الأول يميل إلى عدم ضرورة الإعلام المنشىء فى شطرى العقد .

§ ٢ — المذهب الشافعى

١٢٧ — يفترق المذهب الشافعى عن المذهب الحنفى فى صدد تكوين العقود بين حاضرين افتراقاً أساسياً فبينا يذهب الرأى السائد فى المذهب الحنفى إلى تطلب الإعلام المنشىء فى كل من الإيجاب والقبول ، ويأخذ بنظرية العلم بالقبول، نرى المذهب الشافعى يقرر انتفاء ضرورة الإعلام فى التعبيرين التعاقديين ، ويأخذ بنظرية إعلان القبول . ذلك أن العقد ينعقد فى المذهب الشافعى بمجرد صدور القبول وإن لم يكن مسموعاً من الموجب . على أن المذهب الشافعى ، إذا تساهل فى سماع الموجب للقبول وأغفل اشتراطه على غرار المذهب الحنفى . فقد تشدد فى تطلب إظهار التعبير إظهاراً كافياً بحيث يسمعه من هو بقرب صاحب التعبير عادة . ولعل المذهب الشافعى قد توخى من اشتراطه لسماع القريب من صاحب التعبير تأمين وسيلة للإثبات تحول دون نكران صاحب التعبير لتعبيره[1] .

---

(١) لم يقتصر المذهب الشافعى على إهمال الإعلام المنشىء فى القبول ، بل أهمله فى الإيجاب أيضا ، متجاهلا فى ذلك طبيعة الإيجاب الاستحثاثية التى تتطلب علم الموجه إليه التعبير به قبل قبوله. ونحن نعتقد أن حالات القبول الإتفاقى أو العابث التى يفضى إليها جهل القابل بالإيجاب السابق تجد تاطيفاً لها فى خيار المجلس الذي قال به الشافعية حيث يتسنى للقابل ان يهدم العقد الذي لم يقم على رضاه التام ونورد فيما يلي امثلة اشار فيها الشافعية بوضوح الى انتفاء ضرورة الاعلام فى الايجاب :

جاء فى حاشية الشبراملسى (ج٣،ص٩،س١٧) : « وعليه فلو خاطبه بلفظ البيع ، وجهر به بحيث يسمعه من بقربه ، ولو لم يسمعه صاحبه ، وقبل اتفاقاً ، صح » وجاء أيضاً « حتى لو قبل عبثاً ، فبان بعد صدور بيع له ، صح : كمن باع مال أبيه الظان حياته فبان ميتاً » وجاء أيضا : « وعليه فلو خاطبه بلفظ البيع وجهر به ، بحيث يسمعه من بقربه ، ولو لم يسمعه صاحبه ، وبلغه غيره ، صح » وجاء فى تحفة المحتاج فى عقد البيع « (قوله وإن لم يسمعه الآخر) ظاهره أن كان عدم سماعه لبعده جداً ككونه على ميل من صاحبه ويؤيده أن الإيجاب حينئذ لاينقص عن الإيجاب للغائب » . ونحن نعتقد أن الإيجاب فى هذه الحالة لايقوم؛لا لأنه غير مسموع من الآخر، بل لانتفاء شريطة اتحاد المجلس،ولتعذر ممارسة خيار المجلس الذى يشترط فيه افتراق العاقدين إلى مسافة يتعذر فيها سماع كل واحد منهما كلام صاحبه .

ونورد فيما يلي نصوصاً من الفقه الشافعي تشير بوضوح إلى أن القاعدة في هذا المذهب هي انتفاء ضرورة الإعلام في التعبيرين التعاقديين . وأن الأصل في التعبير التعاقدي أن يكون تعبيراً ملقى :

جاء في شرح البهجة للأنصاري : « وإن يتكلم [العاقد] بحيث يسمعه من بقربه ، وإن لم يسمعه صاحبه ، كما لوحلف لايكلمه ، قاله البغوي في فتاواه[1]» .

وجاء في حاشية البجيرمي على المنهج : « فلو لم يسمعه [العاقد] من بقربه لم يصح البيع ، وإن سمعه صاحبه لحدة سمعه ، لأن لفظه كلا لفظ[2] » .

وجاء في نهاية المحتاج للرملي : وإن يتـكلم كل بحيث يسمعه من بقربه عادة إن لم يكن ثم مانع ، ولو لم يسمعه الآخر ، وإلا لم يصح ، وإن حملته الريح[3] » .

وجاء في تحفة المحتاج في شرائط عقد النكاح : « وإن لم يسمعه من بقربه[4] » .

المطلب الثاني

متى يتم العقد في التعاقد بين غائبين ؟

١٢٨ – لئن اختلفت الأنظار الفقهية في الوقت الذي يتم فيه العقد في التعاقد بين حاضرين[5] ، فهي لم تختلف في تحديد الوقت الذي يتم فيه العقد في التعاقد بين غائبين ، بل أجمعت على أن العقد ينعقد في هذه الحالة بمجرد القبول . ونورد فيما يلي النصوص الفقهية التي تشير إلى أن القبول في الفقه الإسلامي هو تعبير ملقى ، وأن

---

(١) شرح البهجة للأنصاري ، ج٢ ، ص٣٩٣ ، س٨ .

(٢) حاشية البجيرمي على المنهاج ، ج ٢ ، ص١٥٣ ، س١٦ .

(٣) نهاية المحتاج للرملي ، ج٣ ، ص٩ ، س٦ .

(٤) تحفة المحتاج ، ج ٧ ، ص٢١٦ .

(٥) ويلاحظ أن أستاذنا الدكتور السنهوري قد ذهب إلى أن أخذ الفقه الإسلامي بنظرية العلم في التعاقد بين حاضرين هو من الأمور المسلمة. جاء في كتابه مصادر الحق (ج٤ ، س٥٦) « فلاشك اذن في وجوب سماع الموجب للقبول حتى ينعقد العقد بين الحاضرين » وواضح أن هذا التأكيد يتعارض مع صراحة النصوص الفقهية التي أشرنا إليها والتي تفيد أخذ المذهب الشافعي وفريق من المذهب الحنفي بنظرية الإعلان لا بنظرية العلم .

النظرية المعمول بها فى حالة التعاقد بين غائبين هى نظرية إعلان القبول . ثم نتكلم عن رأى أستاذنا الدكتور السنهورى فى وقت انعقاد العقد بين غائبين وموقفنا منه .

§ ١ — النصوص الفقهية

(أ) **عقد البيع** : جاء فى رد المحتار : « قلت ويكون بالكتابة من الجانبين ، فإذا كتب اشتريت عبدك فلاناً بكذا . فكتب إليه البائع : قد بعت ، فهذا بيع كما فى التتار خانية[1] . »

وجاء أيضاً : « صورة الكتابة أن يكتب : أما بعد فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا . فلما بلغه الكتاب ، قال فى مجلسه ذلك : اشتريت تم البيع بينهما[2] . »

وجاء فى مرشد الحيران : « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطاباً يصح انعقاده بهما تحريراً ، أو مكاتبة ويشترط القبول فى مجلس وصول الكتاب وقراءته وفهمه . فلو كتب إلى رجل : إشتريت عبدك هذا بكذا ، فكتب ، أى رب العبد : بعته منك ، كان بيعاً[3] . »

(ب) **عقد النكاح** : جاء فى فتح القدير : « ينعقد النكاح بالكتاب كما ينعقد بالخطاب . وصورته أن يكتب إليها يخطبها فإذا بلغها الكتاب أحضرت الشهود ، وقرأته عليهم ، وقالت : زوجت نفسى منه . أو تقول : إن فلاناً قد كتب إلىَّ يخطبنى فاشهدوا أنى زوجت نفسى منه . أما لو لم تقل بحضرتهم سوى زوجت نفسى من فلان ، لا ينعقد[4] . »

§ ٢ — رأى الأستاذ الدكتور السنهورى
فى وقت انعقاد العقد بين غائبين

١٢٩ — يرى أستاذنا الدكتور عبد الرازق السنهورى فى كتابه مصادر الحق

---

(١) رد المحتار ، جـ٤، ص١٤ — ١٥

(٢) المرجع السابق .

(٣) مرشد الحيران ، م ٢٥٢ .

(٤) فتح القدير ، ، جـ٢ ، ص : ٣٥ ، س ٧ .

أن ظاهر النصوص الفقهية يشير إلى أن العقد بين الغائبين يتم بإعلان القبول ، ولا يشترط علم الموجب بالقبول . ويرى إلى جانب ذلك « أن الفقهاء لم يواجهوا فى وجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين الغائبين مواجهة صريحة . وهم لم يواجهوا فى ذلك إلا حالة التعاقد بين الحاضرين . ولو أنهم واجهوا الحالة الأولى كما واجهوا الحالة الثانية ، لما كان بعيداً أن تختلف الآراء فيها . »

ثم يمضى أستاذنا السنهورى فيدعو إلى وجوب الأخذ بنظرية العلم فى التعاقد بين غائبين فى الفقه الإسلامى أسوة بأخذه بالنظرية نفسها فى التعاقد بين حاضرين إذ يقول :

« بل نحن نذهب إلى أبعد من ذلك ، ونقول إن منطق القاعدة التى تقول بوجوب سماع الموجب القبول فى التعاقد بين حاضرين ، تقتضى القول بوجوب علم الموجب بالقبول فى التعاقد بين غائبين . والسماع فى حالة حضور الموجب يقابله العلم فى حالة غيابه[1] . »

١٣٠ — *الاعتراض على هذا الرأى* : يستخلص من كلام أستاذنا السنهورى أولا : أن الفقهاء لم يواجهوا وجوب السماع فى التعاقد بين غائبين . ثانيا : وجوب قياس التعاقد بين غائبين على التعاقد بين حاضرين والأخذ من ثم بنظرية العلم فى التعاقد بين غائبين . ونحن نرى أن هاتين النتيجتين اللتين انتهى إليهما أستاذنا السنهورى هما محل للنقد .

أما الأمر الأول فنحن نعتقد أن الفقهاء قد واجهوا شريطة السماع فى حالة التعاقد بين غائبين مواجهة صريحة ، وأطلقوا على السماع فى هذه الحالة تسمية السماع الحكمى ، وقصروه على الإيجاب فقط وجعلوا قراءة الإيجاب من الموجب له بمنزلة سماعه مباشرة من الموجب ، كما تشير إليه النصوص الآتية :

جاء فى حاشية يعقوب باشا على شرح الوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر : يعنى حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، ينعقد النكاح ، لأن الكتاب كالخطاب[2] . »

---

(١) مصادر الحق ، جـ٢ ، ص٥٧ .

(٢) حاشية يعقوب باشا على شرح الوقاية ، ورقة ٥١ : س ٣٤ (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

جاء فى ذخيرة العقبى : « وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر : أى كل من المتعاقدين ، الزوجين أو نائبهما ، حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل فى كتاب : تزوجت فلانه بنت فلان بكذا من الصداق ، وأشهد جماعة بما فيه وإن لم يعلموا أن فيه قضية التزويج ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته ، ينعقد[1] . »

وجاء فى نقد الدرر : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر : حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، ينعقد النكاح دون الكتاب كالخطاب عند الغيبة[2] . »

وجاء فى مجمع الأنهر : « وشرط لصحة النكاح سماع كلا من العاقدين لفظ الآخر : حقيقة أو حكماً كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة فأوصلوا الكتاب الى امرأة ، فقرأته عندهم فقبلت عندهم ذلك التزويج ينعقد النكاح[3] . »

وجاء فى رد المحتار : « قوله سماع كل : أى ولو حكماً كالكتاب الى غائبة لأن قراءتة قائمة مقام الخطاب ، كما مر[4] »

وجاء فى عمدة الرعاية على الوقاية: « وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر : قوله سماع أى ولو حكماً كالكتاب الى غائبه . لأن قراءته قائمة مقام الخطاب[5] . »

ولعل أوضح نص يشير إلى مواجهة الفقهاء مواجهة صريحة لوجوب سماع الموجب للقبول حالة التعاقد بين غائبين هو النص الذى نقله هنا عن التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى مفتى الديار المصرية سابقاً والذى يشير فيه صاحبه بوضوح إلى أن السماع الحكمى مطلوب فى تعبير الموجب دون تعبير القابل ، وأنّ هذا التعبير الأخير مستثنى من شريطة السماع المقصورة على حالة التعاقد بين الحاضرين .

---

(١) ذخيرة العقبى شرح صدر الشريعة لأخى جلبى (عام توفى ٩٠٥ هـ) ص ٩١ .

(٢) نقد الدر لمصطفى الواقى (توفى ١٠٠٠ هـ) ، ورقة ٩٢ ، س ١١ (مخطوط فى مكتبة الأزهر)

(٣) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، جـ١ ، ص ٣٢٠ ، س ٧ .

(٤) رد المحتار ، جـ٢ ، ص ٢٧ ، س ٣٢ .

(٥) عمدة الرعاية على الوقاية ، جـ ٢ ، ص ٩ ، س ٢ .

جاء فى التحرير المختار لرد المحتار: « قوله لأن قراءته قائمة مقام الخطاب: الظاهر ان مسئلة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، لأن القراءة وان اقيمت مقام الخطاب ، لم يوجد من الكاتب سماع القبول من الآخر لا حقيقة ، ولا حكما ، وان وجد من المكتوب اليه السماع حكما بالقراءة [1]» .

أما الأمر الثانى الذى يذهب فيه أستاذنا السنهورى إلى أن منطق القـاعدة التى تشترط سماع الموجب القبول فى التعاقد بين حاضرين يقتضى اشتراط علم الموجب بالقبول فى التعاقد بين غائبين فهو فى رأينا غير وارد فى ظل المذهب الشافعى الذى يعتبر كلا من قبول الحاضر وقبول الغـائب تعبيراً ملقى ، ويأخذ من ثم ، كما رأينا ، بنظرية الإعلان فى حالتى التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين .

أما بالنسبة للمذهب الحنفى فهو فى رأينا قياس مع الفارق[2] ذلك لأن هذا الفقه يغتفر عادة فى التعاقد بين غائبين ما لا يغتفره فى التعاقد بين حاضرين . كما فى شريطة لفظية التعبير ، يحتمها فى التعاقد بين حاضرين فى النـكاح دون التعاقد بين غائبين . وكما فى شريطة مجلس العقد ، يتشدد فيها فى التعاقد بين حاضرين حيث يعتبر الإيجاب ساقطاً بمجرد انفضاض المجلس دون قبول ، ويتساهل فيها فى التعاقد بين غائبين ، حيث يجيز للمرأة أن تقبل الإيجاب فى غير مجلس علمها به وسواء أكان الإيجاب موجها إلى الموجب إليه بوساطة مكتوب[3] أو رسول[4] أضف إلى ذلك أن ثمة رأياً يقول به محمد يجيز فيه استعمال صيغة الأمر فى التعاقد بين غائبين دون التعـــاقد بين حاضرين[5] ومما يؤيد كون شريطة السماع خاصة بالتعاقد بين حاضرين بصورة قاطعة أن الفقيه الشمنى فى كتابه كمال الدراية يجعل التلازم قائماً بين شريطة السماع وشريطة الحضور حيث يقول : وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته[6].

---

(١) التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى ، جـ ١ ، ص ١٨٠ ، س ٣١ .

(٢) هذا ومع العلم بأن شريطة سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر فى التعاقد بين حاضرين ليست من الشرائط المتفق عليها فى المذهب الحنفى .

(٣) راجم ماسيأتى ، ف١٤٩ ص ١٤٠

(٤) راجم ماسيأتى ف١٤٩ ، ص ١٤٠ — ١٤١ .

(٥) فتح القدير ، جـ٥ ، ص٤٦٢ وانظر المبسوط ، جـ٥ ، ص١٦ .

(٦) كمال الدراية ، راجم ماسبق ف ١٢٣ ، ص ١١٤ .

ونحن نرى أنه إذا كان لابد من توحيد الحلول فى حالتى التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين يتعين علينا أن نقيس حالة التعاقد بين حاضرين — حيث يأخذ الرأى السائد فى الفقه الحنفى بنظرية العلم — على حالة التعاقد بين غائبين — حيث انعقد اجماع الفقه الإسلامى على الأخذ بنظرية الأعلان — لا العكس[1] ويؤيد هذا القياس أمور :

(١) إن الأخذ بنظرية الإعلان فى التعاقد بين غائبين هو موضع إجماع الفقهاء[2] بينما الأخذ بنظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين هو مسألة خلافية ، كما مر .

(٢) أن الفقهاء الأحناف — وحتى من اشترط منهم السماع كابن عابدين — يجيز القبول بصورة ضمنية فى التعاقد بين حاضرين كما لو قال شخص لآخر : كل هذا الطعام بدرهم فأكله الآخر فالعقد فى هذه الحالة ينعقد رغم عدم سماع القبول[3] ، [4]. ويترتب على قياس القبول الصريح على القبول الضمنى . أن سائحاً لو دخل محلا تجارياً وطلب سلعة معينة بسعر معين بوساطة مترجم يرافقه ، فإن العقد فى هذه الحالة ينعقد بمجرد صدور القبول من البائع ، ويكون إعلام المترجم للسائح بقبول البائع من ثم إيذاناً بواقعة لا إعلاماً منشئاً لأن العقد تم قبل الإيذان وبمجرد القبول[5] .

---

(١) ونحن نرى أنه خير من قياس التعاقد بين الغائبين على التعاقد بين الحاضرين أو العكس هو قياس القبول الصريح فى نطاق التعاقد بين الغائبين على حالة القبول الضمنى فيه فكما يتم هذا الأخير بمجرد صدوره وكما يعترف بذلك أيضاً — أنصار نظرية العلم — فكذلك يجب أن يكون التعبير الصريح.

(٢) جاء فى كتاب الفقه الإسلامى فى ثوبه الجديد ، المدخل الفقهى العام (ج ١ ، ف ١٥٧ ص ٢٢٦) أن « الرأى الفقهى فى الايجاب والقبول بالكتابة أن حكمها لا يبدأ منذ كتابة العبارة بل عقب وصول الكتاب وقراءته . فعندئذ تأخذ العبارة مفعولها فيعتبر الموجب موجباً والقابل قابلا » .

وواضح مما أثبتناه فى المتن أن الإجماع فى الفقه الإسلامى على أن العبارة فى حالة القبول تنتج أثرها عند صدورها ، لا عقب وصولها إلى الموجب .

(٣) رد المحتار ، ج٤ ، ص ٩ و ١٦ — ١٧ .

(٤) قد يقول قائل أن المقصود بالسماع هو العلم وقد حصل بالرؤية . وجوابنا أن الفقهاء لم يشترطوا الرؤية فى حالة القبول عن طريق التنفيذ، أضف إلى ذلك أن السماع شريطة شكلية كما سنرى فلا مناص من وقوعها على التعيين .

(٥) بوفنوار ، العقد والملكية ، ص ٤٧٤ . راجع ماسبق ف ٨٣ ، ص ٧١ .

(٣) إن الموجب إليه مسلَّط على القبول من جهة الموجب ، ولما كانت القاعدة تقضى بأن « المسلَّط على التصرف ينفذ تصرفه بغير علم من المسلِّط » . فيترتب على ذلك فى نظرنا أن ينفذ قبول القابل بدون علم الموجب كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل .

(٤) أضف إلى ذلك أنه ليس ثمة من تعليل فنى مقبول لضرورة سماع الموجب القبول . فلقد رأينا سابقاً إخفاق التعليلات الفنية التى أتى بها مثبتو الإعلام للتدليل على ضرورته فى القبول فى التعاقد بين حاضرين[١] ورأينا إلى جانب ذلك أن الذين ارتضوا هذه الشريطة كالسيد أحمد الحموى والشيخ عبد القادر رافعى قد استندوا فى ارتضائهم إلى الدليل النقلى لا إلى الدليل الفنى الذى ثبت لديهم عجزه عن دعم هذه الشريطة . ورأينا أيضاً أنه حتى الدليل النقلى لم يسلم من اعتراض المحققين[٢] . ونحن فى دورنا نشارك هؤلاء المعترضين إعتراضهم ونرى أن ليس ثمة من دليل منطقى يصلح أساساً لدعم شريطة السماع فى القبول[٣] .

ونشير أخيراً إلى أننا لسنا نقصد من الإعتراض على محاولة أستاذنا السنهورى الإنتصار لنظرية الإعلان فى الفقه الإسلامى وفى غيره من التشريعات التى أخذت بهذه النظرية ذلك لأن هذه النظرية على وضعها المعروف فى هذه التشريعات لا تخلو من عيوب .

وسنعمد فيما بعد إلى علاج هذه العيوب وصياغة تعديل هذه النظرية على ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامى . وسنرى أن هذا التعليل يتيح لنا الحصول على فائدة مزدوجة : وهى تلافى مثالب نظريتى العلم والإعلان ، والحفاظ على جوهر نظرية الإعلان باعتبارها تراثاً إسلامياً واجب الاحترام[٤] .

---

(١) راجع ماسبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .
(٢) راجع ما سبق ، ف ١٢٥ ، ص ١١٤ و ١١٥ .
(٣) راجع ماسيأتى ، ف ٣/١٣٩ .
(٤) راجع ماسيأتى ف ١٣٨ وماب .

الفرع الخامس

تـكون العقود فى تقنينى الجمهورية العربية المتحده

١٣١ ـــ انهينا مما سبق إلى أن الحلول التى يقدمها الفقه الإسلامى لتحديد وقت تـكون العقود ليست واحدة فى كل من التعاقد بين الحاضرين والتعاقد بين الغائبين . فبينا تختلف الأنظار الفقهية فى تحديد وقت تـكون العقد بين الحاضرين أهو وقت سماع الموجب بالقبول أم هو وقت صدور القبول ، تجمع هذه الأنظار على اعتبار التعاقد بين الغائبين تاماً بمجرد صدور القبول .

وننتقل الآن إلى استعراض الحلول التي يقدمها تقنينا الجمهورية العربية المتحدة لتحديد وقت تـكون العقود ، ثم نتكلم عن نظريتنا المختارة لعلاج هذه المسألة الهامة ·

المطلب الأول

تـكون العقود فى التقنين المدنى المصرى

١٣٢ — أخذ المشرع المصرى بنظرية العلم المستفاد من الوصول على سبيل الافتراض البسيط فى كل من التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين ٠

١٣٣ — **التعاقد بين حاضرين** : ينعقد العقد فى التعاقد بين حاضرين بمجرد سماع الموجب كلام القابل أو رؤيته كتابته أو إشارته ويستفاد هذا الحـكم من النصين العامين الواردين فى المادتين ٨٩ و ٩١ من القانون المدنى .

ويقضى النص الأول بأن «العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين » . ويقضى النص الثانى بأن« التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه ، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

ووجه الاستدلال بالمادة ٨٩ أن التبادل الذى تستلزمه يفضى حتما إلى علم كل من المتبادلين بتعبير الآخر ، أى إلى اشتراط سماع الموجب اليه للإيجاب ، وسماع الموجب للقبول ، وبعبارة أخرى ان التبادل يقتضى أن يكون كل من التعبيرين التعاقديين تعبيراً متلقى · ووجه الاستدلال بالمادة ٩١ أن القبول ، وهو تعبير ، لا ينتج أثره

إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه وهو الموجب ، ويترتب على ذلك أن العقد لا ينتج أثره ، أى لا يتم ، إلا بعلم الموجب .

١٣٤ — **التعاقد بين غائبين** : إلى جانب النصين السالفى الذكر اللذين جاء حكمهما شاملا للتعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين انفرد التعاقد بين غائبين بنص خاص ورد فى المادة ٩٧ ، جاء فى هذه المادة :

« يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول فى المكان والزمان اللذين وصل إليه فيهما هذا القبول » .

ويلاحظ أن هذه المادة قد أتت بأمرين جديدين سكتت عنهما المادتان السابقتان وهما : (١) الإشارة إلى أن مكان العقد هو مكان القابل . (٢) وأن الأخذ بنظرية العلم ليس من النظام العام بل هو حكم تفسيرى للعاقدين الإتفاق على خلافه .

وإلى جانب المادة ٩٧ الآنفة الذكر أعطى المشرع فى المادة ١٤٣ من المشروع التمهيدى حكماً خاصا للتعاقد بين غائبين عند ما يكون القبول فيه قد تم عن طريق التنفيذ ، جاء فى هذه المادة (وهى مقتبسة من المادة ١٣٢٧ من القانون الإيطالى) :

« إذا تبين من إرادة الموجب أو من طبيعة التعامل ، أو من مقتضى العرف ، أن تنفيذ العقد يقوم مقام القبول ، فإن العقد يعتبر قد تم فى الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ ، ويجب فى هذه الحالة المبادرة بإخطار الطرف الآخر » .

ويبدو هذا الحكم الخاص فى اعتبار القبول فى حالة التنفيذ تعبيرا ملقى فى الوقت الذى اعتبره فيه المشرع فى المواد الثلاثة السابقة تعبيرا متلقى ، ويلاحظ هنا أن الإخطار الذى فرض المشرع وجيبته على القابل ليس إعلاماً منشئاً وإلا لكان القبول تعبيرا متلقى ، بل هو إيذان مقرر يقتصر دوره على إعلام واقعة تمت قبل حدوثه[1] . ويلاحظ أيضاً أن حكم هذه المادة الأخيرة، وقد حذفتها لجنة المراجعة ، مازال باقيا بدليل أن الباعث على حذفها كان مجرد كونها تفصيلا لا ضرورة فيه .

(١) راجع ماسبق ، ف ٨٣ ، ص ٧١

بقى هنا أن نقول إن المشرع المصرى قد قرن شريطة العلم التى تطلبها فى حالة القبول الصريح بحكم أبعد فيه عن نظرية العلم الحقيقى مايؤخذ عليها من أنها تفسح المجال لتأخر انعقاد العقد تبعا لتأخر علم الموجب بالقبول فى حال سفره، أو فى حال تعمده الإبطاء فى الإطلاع عليه ويتلخص هذا الحكم وقد كرره المشرع فى المادتين ٩١ و٩٧، فى اعتبار وصول التعبير إلى الموجب قرينة قانونية على علمه به Juris tantum على أن هذه القرينة ليست قاطعة بل يجوز إثبات عكسها، بمعنى أن للموجب إثبات انتفاء علمه بالقبول.

المطلب الثانى

تكون العقود فى التقنين المدنى السورى

١٣٥ — بينما يأخذ المشرع المصرى كما رأينا بحل وحيد لعلاج مسألة وقت تكون العقود مطبقاً نظرية العلم على حالتى التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، ينتهج المشرع السورى حلامزدوجاً آخذاً بنظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين ونظرية الإعلان فى التعاقد بين غائبين.

١٣٦ — **التعاقد بين الحاضرين**: يستفاد أخذ المشرع السورى بنظرية العلم فى حال التعاقد بين حاضرين من نصين أحدهما عام ورد فى المادة ٩٢ من القانون المدنى السورى (٨٩ مصرى) والثانى خاص ورد فى المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية السورى. ويقضى النص الأول بأن العقد يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين وقد رأينا سابقاً أن اشتراط هذا التبادل يعنى الأخذ بنظرية العلم. أما النص الثانى فقد ورد ضمن شرائط عقد النكاح ومؤداه أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر[1].

---

(١) قارن محاضرات فى القانون المدنى السورى ألقاها الأستاذ مصطفى الزرقاء على طلبة قسم الدراسات القانونية فى معهد الدراسات العربية العالية سنة ١٩٥٤ حيث أشار المؤلف (ف ٤٤ ص ٤٩) إلى أنه «لم يبق فى القانون السورى مايختلف فيه التعاقد بين حاضرين عن التعاقد بين =

ويلاحظ هنا أن المشرع السورى قد أغفل الأخذ بالمادة ٩١ الواردة فى القانون المدنى المصرى والتى تعتبر بدورها دليلا على الأخذ بنظرية العلم فى التعاقد بين حاضرين

١٢٧ — **التعاقد بين الغائبين:** يستفاد أخذ المشرع السورى بنظرية الإعلان فى التعاقد بين الغائبين من نص المادة ٩٨ التى جاء فيها : « يعتبر التعاقد ما بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ، مالم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك » وقد آثر المشرع السورى الأخذ بهذه النظرية على نظرية العلم المنصوص عنها فى القانون المصرى مراعياً — وكما تقول المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى السورى — « كثرة المعاملات الجارية بين سورية ولبنان بحيث تقضى المصلحة بتوحيد النصوص التشريعية فى هذا الموضوع بين البلدين لئلا يقع تنازع بين قانونيهما يؤدى إلى الإضرار بذوى العلاقة » .

بقى أن نشير هنا إلى أنه ليس ثمة من تعارض بين استبقاء المشرع السورى لأحكام النص العام الوارد فى المادة ٨٩ من القانون المدنى المصرى (٩٢ مدنى سورى) الآخذ بنظرية العلم وتبنى هذا المشرع لنظرية الإعلان الواردة فى نص المادة ٩٨ من القانون المدنى السورى والمسايرة لأحكام كل من الشريعة الإسلامية والتقنين اللبنانى ذلك لأن النص الأخير يعتبر نصاً خاصاً ليس من شأن التعارض أن يقوم بينه وبين النص العام الوارد فى المادة ٩٢[1] .

= غائبين إلا من حيث تحديد مجلس العقد ومكان العقد كاسنرى » وراجع أيضاً (ف ٥٦ ص ٥٧) حيث يقول المؤلف : « وضح هنا ما كنا أشرنا إليه ووعدنا بإيضاحه من أنه فى القانون السورى لم يبق من فرق بين تعاقد الحاضرين وتعاقد الغائبين إلا من حيث تحديد مكان العقد ، ذلك لأن زمان العقد لا يختلف فى تعاقد الحاضرين عن تعاقد الغائبين فى ظل نظرية إعلان القبول التى أخذ بها القانون السورى ، لأن زمان الإنعقاد فى الحالين هو وقت صدور القبول يستوى فى ذلك صدوره من غائب أو من حاضر » .

وواضح مما أشرنا إليه فى المتن أن المشرع السورى قد أخذ فى التعاقد بين حاضرين بنظرية العلم لا بنظرية الإعلان كما ذهب إليه المؤلف .

(١) قارن الدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، محاضرات فى القانون المدنى ، نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية ، التراضى ، ألقاها على طلبة قسم الدراسات القانونية فى معهد الدراسات العربية العالية هامش ص ٥٣ .

المطلب الثالث

النظرية المختارة

فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين

(نظرية خيار الطريق)

١٢٨ — رأينا فيما سبق أن القانونين السورى والمصرى ليسا على اتفاق فى صدد الزمان والمكان اللذين يتم فيهما العقد بين الغائبين . فبينما يأخذ القانون المصرى بنظرية العلم ، يأخذ القانون السورى بنظرية الإعلان . ونتساءل هنا أيًّا من هاتين النظريتين يجب أن تسود فى القانون الموحد المزمع إصداره وتطبيقه فى إقليمى الجمهورية العربية المتحدة ؟ للإجابة عن هذا السؤال يتعين علينا أن نوازن أولا بين هاتين النظريتين ، دون التقيد بأية فكرة سابقة ، ثم نختار النظرية الأصلح على ضوء هذه الموازنة :

§ ١ — الموازنة بين نظرية العلم ونظرية الإعلان

١٣٩ — *مساوىء نظرية العلم* : (١) إن أول عيب توصم به نظرية العلم فى التقنين المدنى المصرى هى كونها غير جامعة بدليل أن ثمة تعبيرات يتم العقد بمجرد صدورها دون حاجة إلى وصولها إلى علم الموجب ، تلك هى حالة التعبيرات الضمنية . فقد جاء فى المادة ١٤٣ من المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى « أنه فى الحالات التى يقوم بها تنفيذ العقد مقام القبول يعتبر العقد قد تم فى الزمان وفى المكان اللذين بدأ فيهما التنفيذ » ولقد سبق أن أشرنا إلى أن حذف هذه المادة ليس يعنى ترك حكمها[1] ونضيف هنا أن بقاء هذا الحكم يجعل من العسير تفسير التفرقة التى يقيمها المشرع المصرى بين حالتى القبول الصريح والقبول الضمنى إذ ليس من المقبول عقلا اعتبار انعقاد العقد متراخياً إلى حين وصول القبول إلى علم الموجب فى الحالة الأولى ، واعتبار انعقاد العقد فورياً بمجرد صدور القبول فى الحالة الثانية ؟ ! وبعبارة أخرى ليس من وجه سائغ لاعتبار القبول الصريح تعبيراً متلقى فى الوقت الذى يعتبر فيه هذا القبول نفسه لوصدر بصورة ضمنية تعبيراً ملقى !

---

(١) راجع ماسبق ف١٣٤ ، ص ١٢٧.

(٢) إن تراخى انعقاد العقد إلى حين وصول القبول إلى علم الموجب ليس يستند إلى أساس منطقى ، ولقد شاهدنا سابقاً إخفاق كل التعليلات التى جاء بها الشراح المسلمون لتعليل ضرورة سماع الموجب للقبول فى التعاقد بين حاضرين[١] .

(٣) إن قياس القبول على الإيجاب ليس يسعف فى تطلب الإعلام المنشىء فى القبول . ذلك لأن إجماع الفقهاء على اعتبار الإيجاب تعبيراً متلق لايتم إلا بعلم الموجب إليه إذا كان يستند إلى تضمنه معنى استحثاث الموجب إليه لممارسته خياره بين القبول والرفض، فهذا المعنى لا يتوافر فى القبول الذى يحقق هدفه بمجرد صدوره وسواء وصل إلى علم الموجب أو لم يصل . إذا ثبت ذلك ، تعذر قيام القياس بين هذين التعبيرين . لتغاير طبيعتيهما ، وانتفاء اشتراك العلة بين المقيس والمقيس عليه .

(٤) وفيما عدا ذلك فإن العقد يفترض توافق إرادتين ، وهذا التوافق لاشك حاصل بورود القبول مطابقاً للإيجاب ، أما معرفة الموجب بهذا التوافق ، فهى فى رأينا أمر زائد عليه ، يوضح ذلك أن المعرفة الضرورية هى معرفة الموجب لقابلية إيجابه للقبول السابقة على القبول ، لا معرفته بالإتحاد الفعلى لهذا الإيجاب بالقبول المطابق اللاحقة على القبول ذلك لأن هذه المعرفة اللاحقة لاشأن لها بجوهر التصرف الذى قام بمجرد الإتحاد .

أضف إلى ذلك أن هذه المعرفة اللاحقة ليست تفيد فى تلاقى الإرادتين ، ذلك لأن هذا التلاقى هو مفهوم ميتافيزيكى محض ، ليس من شأن القانون أن يحفل به . « فمن الوهم أن نبحث — كما يقول موريل بحق — عن وقت تلاقى الإرادتين ، إن هذا يفترض قبل كل شىء أن يفكر الموجب بإيجابه بصورة مستمرة ، وكذا القابل وهذا أمر جدلى محض c'est de la pure scolastique[٢] » .

(٥) وأخيراً إن تراخى انعقاد العقد إلى وقت علم الموجب بالقبول قد يفسح المجال لوقوع حوادث طارئة ـ كموت الموجب أو فقده أهليته ـ تحول دون قيام العقد فخير لنا إذن أن نتوقى عسر ولادة الوليد ، وأن نتعجل فى إبرام العقد بمجرد توافر

---

(١) راجع ما سبق ف ١٢٥، و ١٢٦ ، ص ١١٤ — ص ١١٧ .

(٢) موريل ، تكوين العقد وقوته الملزمة ، ص ١٣٧ .

شطريه ، فذلك أدعى من الناحية العملية إلى إعمال كلام العاقدين وصونه عن الإهمال ، والقاعدة الفقهية تقول إعمال الكلام أولى من إهماله .

ننتهى مما تقدم إلى أن الإعتبارات الفنية لم تسعف فى دعم نظرية العلم التى انحاز إليها المشرع المصرى . ولعل الضرورات العملية وفكرة العدالة هى التى حدت بهذا المشرع إلى إيثار هذه النظرية . فقد جاء فى المذكرة الإيضاحية فى تسويغ الأخذ بمذهب العلم : « فالواقع أن مذهب العلم هو أقرب المذاهب إلى رعاية مصلحة الموجب ذلك أن الموجب هو الذى يحدد مضمونه ، ويعين شروطه ، فمن الطبيعى والحالة هذه أن يتولى تحديد زمان التعاقد ومكانه . ومن العدل ، إذا لم يفعل أن تكون الإرادة المفروضة مطابقة لمصلحته عند عدم الإتفاق على مايخالف ذلك[1] » .

بقى أن نقول إن استناد المشرع فى إقراره لنظرية العلم إلى مبدأ العدالة يتعارض مع تصريحه بانحياز هذه النظرية إلى مصلحة الموجب وتفسيره لسكوت العاقدين عن تحديد زمان العقد ومكانه فى جانب هذه المصلحة ذلك لأن مبدأ العدالة يقتضى التسوية بين العاقدين لا إيثار أحدهما على الآخر .

١٤٠ ــ مساوىء نظرية الإعلان : لعل أهم عيب يشوب نظرية الإعلان هو عدم تكافؤ الفرص الممنوحة فى ظلها لكل من الموجب والقابل فبينما تضيق هذه النظرية على الموجب إليه ، ولا تفسح له المجال للرجوع عن قبوله بمجرد إفصاحه عنه ، نجدها توسع على الموجب ، وتمنحه الحرية التامة فى العدول عن الإيجاب ، قبل وصوله إلى الموجب إليه ، وفى الرجوع عن هذا الإيجاب ، حتى بعد الوصول . ولعل الحل المعقول هو الحل المعكوس ذلك لأن الموجب وهو الذى بادء الموجب إليه لم يقدم على إيجابه إلا بعد تدبر وتفكير ، فوجب تبعاً لذلك إعطاءه الأقل من فرصة الرجوع وإعطاء المزيد منها إلى الموجب إليه .

أضف إلى ذلك أن ثمة حالات تطبيقية لهذه النظرية تستلفت النظر . كما لو رفض الموجب إليه الإيجاب الموجه إليه ، ثم قبله ، فإن منطق هذه النظرية لايمنع من انعقاد العقد فى هذه الحالة ما دام القبول ــ وهو تعبير ملق ــ قد صدر قبل وصول

(١) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٣ .

الرفض[1] ـ وهو تعبير متلقى ـ إلى علم الموجب . ووجه الغرابة فى انعقاد العقد فى هذه الحالة أن علم الموجب بالقبول بعد الرفض لا يمنع من صحة هذا القبول ، مادام قد صدر قبل إنتاج الرفض لأثره فهذا الأخير يعتبر عندها بمثابة نية مضمرة ، لا تقوى على إسقاط الإيجاب ، مادامت لم تصل إلى علم الموجب[2] .

١٤١ — **موقفنا من نظريتى العلم والإعلان:** إن المآخذ الجدية التى أسلفنا عرضها والتى تلحق بنظريتى العلم والإعلان تدعونا إلى التخلى عن كلتى النظريتين بوضعهما الحالى المعيب . فلا نظرية العلم بمصيبة ، فى نظرنا ، فى إمعانها فى إرجاء إنعقاد العقد ولزومه إلى حين علم الموجب بالقبول ؛ ولا نظرية الإعلان أيضاً بمصيبة فى تعجيلها بالبتات فى أمر انعقاد العقد ولزومه بمجرد صدور القبول . فمن الخير إذن البحث فى إيجاد حل يلجم من هذه السرعة ، ويعجل بذلك البطء . وإننا لواجدون مفتاح هذا الحل بكل يسر وسهولة فى الفصل بين انعقاد العقد ولزومه . وذلك بالعمل على تعجيل انعقاد العقد بحيث يكفى لانبرامه مجرد صدور القبول ، وهذا هو وجه الحق فى نظرية الإعلان . وتأخير لزوم العقد بحيث لا يكفى وجود شطرية لكى يغدو لازماً ، بل لا بد لهذا اللزوم من التقاء الشطرين وعلم الموجب بالقبول ، وهذا هو وجه الصواب فى نظرية العلم .

وهذا الحل الذى نرتأيه ، والذى يصطفى من كل نظرية خير ما عندها ، يثير من فوره أمر البحث فى المفاضلة بين هاتين النظريتين : على أىّ منهما يتعين التعويل

---

(١) أن رفض الإيجاب فى نظرنا هو تعبير متلقى بدليل أنه قد يتضمن تعديلا للايجاب السابق فيعتبر عندها إيجابا جديداً . والإيجاب كما هو معلوم تعبير متلقى. هذا ويمكن قياس رفض الإيجاب فى الفقه الاسلامى على رد الوكاله فهذا الأخير لا شك فى تطلبه للاعلام المنشىء فى الفقه الاسلامى جاء فى الفتاوى الهندية (جـ ٩ ، ص ٦٣٩ ، س ٣٢) « الوكيل إذا رد الوكالة ترتد ، هذا إذا علم الموكل بالرد. وأما إذا لم يعلم، فلا ترتد. حتى أن من وكل غائباً ، فبلغه الخبر ، فرد الوكالة ، ولم يعلم الموكل به . ثم قبل الوكالة ، صح قبوله ، وصار وكيلا . » ويميل إلى نفس الرأى استاذنا الخفيف (راجع أحكام المعاملات الشرعية ، هامش ص ٢٠٨) ويعلل رأيه بقوله : « إننا ما أبطلنا الإيجاب عند الإعراض عنه ، إلا ليسترد الموجب حريته فى التعاقد مع غير من ساومه ، أو فى الإحتفاظ بملكه ، وذلك لايتم إلا إذا علم بالإعراض . أما إذا لم يعلم بالإعراض ، فما الضرر من اعتبار إيجابه قائماً إلى أن يعلم ، حتى إذا صدر القبول قبل العلم نشأ العقد ؟ » .

(٢) دورما ، ف ٤٢٢ ، ص ٤٨٧ .

لبناء النظرية المختارة ؟ وبعبارة أخرى ، أى نظرية من هاتين النظريتين هى أطوع للبرء ؟ الجواب على ذلك بيِّن : إن نظرية الإعلان هى وحدها التى تستجيب للعلاج الجديد .

ونتساءل الآن لِمَ لم يفكر الفقهاء المسلمون بعلاج ما يكتنف نظرية الإعلان من عيوب ؟ ولم لم يفصلوا بين الانعقاد واللزوم ، واعتبروا العقد قائماً بمجرد صدور القبول ؟ الواقع أن فريقا من الفقهاء — وهم الحنابلة والشافعية — قد دعا إلى التفرقة بين الإنعقاد واللزوم ولـكن لا على الشكل الذى ندعو إليه ، بل على شكل آخر سنبحثه عند تأصيلنا للنظرية المختارة[1]. أما الفريق الآخر — وهم المالـكية والحنفية — فنجد لهم العذر ، فى عدم مواجهتهم لإرجاء انعقاد العقد أو لزومه إلى حين علم الموجب بالقبول ، فى الظروف الحضارية التى قامت نظرية الإعلان فى ظلها ، وما كان يلابسها من تأخر فى وسائل المواصلات ، وبطء فى وسائل الإتصال ، الأمر الذى كان يدعو — فى حال تعليق لزوم العقد أو انعقاده على علم الموجب — إلى بقاء العقد فترة طويلة من الزمن ، قلقاً مهدداً بالانهيار برجوع العاقدين .

أما وأن وسائل الإتصال الحديثة قد تقدمت ، فقد تعين أن يعاد النظر فى تجاهل الفقهاء لجهل الموجب بالقبول . على أن احتفالنا بعلم الموجب بالقبول يجب أن لا يدعونا إلى إعطائه المزيد من الأهمية ، بحيث نجعل منه مناطا لانعقاد العقد ، كما تذهب إليه نظرية العلم ، بل يكفى أن يكون هذا العلم مناطا للزومه ، والضرورة — كما تقول القاعدة الفقهيه — تقدر بقدرها !

§ ٢ — صياغة النظرية المختارة

١٤٢ — وننتقل الآن إلى بسط النظرية المختارة على ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسـلامى فنتكلم فى النواحى الآتية : (ا) نطاق النظرية (ب) أحكامها (ج) تأصيلها وتسميتها (د) مزاياها (هـ) التقنين المقترح بناؤه عليها .

١٤٣ — (ا) **نطاقها** : ينحصر نطاق تطبيق النظرية المختـارة فى المعاوضات

---

(١) راجع ما سيأتى ، ف ١٤٦ ، ص ١٣٥

المالية التى يكون القبول فيها صريحا . أما المعاوضات غير المالية كالنكاح ، والمعاوضات المالية التى يكون القبول فيها ضمنياً، فهى خارجة عن نطاق تطبيقها وهى تظل من ثم خاضعة للقاعدة العامة فى نظرية الإعلان ، أى أن العقد فيها يقوم منعقداً ولازماً بمجرد القبول ، وسنلمس عند بحثنا لتأصيل الخيار المقترح الأسباب التى دعتنا لإخراج عقد النكاح من مجال النظرية الجديدة ،وحسبنا أن نقول هنا أن عقد النكاح يكون مسبوقاً عادة بمقدمات وخطبة تجعل العاقدين عندما يقدمان على التعاقد فى منأى عن التردد بعد القبول ، فلاضير إذن على العاقدين إذا حرمناهما من الرجوع بعد إعلان القابل لقبوله ، واعتبرنا العقد لازماً بمجرد انعقاده ، دون حاجة إلى علم الموجب بهذا القبول[1]. أما العقود التى يتم القبول فيها عن طريق التعبير الضمنى فتجد سنداً لها فى خروجها عن أحكام الخيار المقترح ، فى كون التنفيذ يحمل فى نفسه عوامل فناء حق الرجوع الممنوح إلى صاحبه ، إذ لا معنى لمنح من نفذ العقد الحق فى الرجوع عنه ، مادام هذا العاقد قد أدخل التصرف بمجرد تنفيذه من حيز القوة إلى حيز الفعل . أما العاقد الآخر فيستند حرمانه من الرجوع فى هذه الحالة إلى ما قد يحول دون ممارسته من أوضاع حقوقية جديدة تنجم عن التنفيذ الفعلى . كما لو تصرف الموجب إليه بالمبيع إلى الغير ، إن هذا التصرف يعتبر تنفيذاً للعقد ، يتم به تكوينه ، ويمنح المتصرف إليه مركزاً حقوقياً جديداً ، لا داعى لإهداره لمجرد حماية حق الرجوع الممنوح للطرف الآخر بل الأدعى إلى العدالة إهدار هذا الحق الأخير صيانة لحق الغير المكتسب ، وتأميناً لاستقرار التعامل .

ننتهى مما تقدم إلى أن نطاق النظرية المختارة مقصور على العقود المالية التى يتم فيها القبول صراحة . أما العقود غير المالية والعقود المالية التى يتم فيها القبول ضمناً فهى تظل خاضعة للقاعدة العامة ، أى أنها تنعقد وتلزم بمجرد القبول .

١٤٤ — (ب) **أحكامها**: تتلخص أحكام النظرية المختارة فى الأمور الثلاث الآتية :

(١) سلب اللزوم من العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب ومنح العاقدين ، تبعاً لذلك ، خيار الرجوع عن الإستمرار فى حكم العقد بحيث يتاح لهما المجال

---

(١) يلاحظ هنا أن عقد النكاح فى الإقليم المصرى لايخضع لنظرية العلم التى نصت عليها المادة ٩٧ من القانون المدنى المصرى وإنما يخضع لنظرية الإعلان التى يأخذ بها الفقه الإسلامى كما مر .

الكافى للمزيد من التفكير والتدبر فى أمر التصرف الذى أقدما عليه قبل صيرورته باتاً لا رجعة فيه .

(٢) انتقال هذا الخيار إلى خلف العاقد حال وفاته وإلى نائبه الشرعى حال فقده أهليته .

(٣) اعتبار وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على علمه به مالم يقم الدليل على عكس ذلك .

١٤٥ — (ج) **تأصيلها ونسبتها** : يمكننا أن نسوغ خيارالرجوع المقترح على ضوء الصناعة الفقهية الخاصة بالفقه الإسلامى بالإستناد إلى نظرية خيار المجلس ومبدأ العدالة .

١٤٦ — **خيار المجلس** : يقصد بخيار المجلس فى الفقه الإسلامى الخيار الذى يعطى للمتعاقدين حق الرجوع عن العقد إلى حين انصراف المتعاقدين أو أحدهما عن مجلس العقد .

ولعله من المفيد أن نستعرض بإيجاز أحكام هذا الخيار فى الفقه الإسلامى قبل أن نظهر صلته بالخيار المقترح ، وتتلخص أحكام خيار المجلس بالأمور الآتية :

(١) يمنح هذا الخيار كلا من المتعاقدين خيار الرجوع ما دام المجلس قائماً لما ينفض ، ويكون انفضاض المجلس بتفرق العاقدين بأبدانهما بحيث إذا كلم أحدهما الآخر على العادة لم يسمع كلامه[1] .

(٢) إن خيار المجلس مقصور على المعاوضات المالية فقط أما التصرفات الأخرى غير المالية كالنكاح فإنها لازمة بمجرد القبول[2] .

---

(١) جاء فى المهذب (ج ١ ، ص ٢٥٧) : « وإذا انعقد البيع يثبت لكل واحد من المتبايعين الخيار بين الفسخ والإمضاء إلى أن يتفرقا أو يتخايرا ، لما روى ابن عمر رضى الله عنه قال : قال رسول الله صلى الله عليه وسلم « البيعان بالخيار مالم يتفرقا أو يقول أحدهما للآخر اختر » والتفرق أن يتفرقا بأبدانهما بحيث إذا كلمه على العادة لم يسمع كلامه »

(٢) جاء فى المغنى (ج ٤ ، ص٧) : « ولا يصح قياس البيع على النكاح لأن النكاح لايقع غالباً إلا بعد روية ونظر وتمكث فلا يحتاج إلى الخيار بعده ، ولأن فى ثبوت الخيار مضرة من رد المرأة بعد ابتذالها بالعقد وذهاب حرمتها بالرد وإلحاقها بالسلع المبيعة ، فلم يثبت فيه خيار لذلك ، ولهذا لم يثبت فيه خيار الشرط ولا خيار الرؤية والحكم فى هذه المسألة ظاهر لظهور دليله ، ووهاء ماذكره المخالف فى مقابلته »

(٣) إن موت أحد العاقدين أو فقده أهليته قبل التفرق وانفضاض المجلس لا يبطل حق الخيار ، بل ينتقل هذا الحق إلى الوارث فى الحالة الأولى ، وينتقل للنائب الشرعى فى الحالة الثانية[١] .

(٤) إن خيار المجلس يجوز النزول عنه عند التعاقد ، وذلك بأن يقول الراغب فى التعاقد إلى الآخر « بعتك ولا خيار بيننا » . ويقبل الآخر على ذلك . فلا يكون لهما خيار . ذلك أن خيار المجلس « جعل رفقاً بالمتعاقدين فجاز لهما تركه ، ولأن الخيار غرر فجاز إسقاطه[٢] » .

ويلاحظ هنا أن الحكمين الأخيرين ليسا موضع اتفاق عند من يقول بخيار المجلس من المذاهب الإسلامية ، وهما المذهب الشافعى والمذهب الحنبلى . فبينما يذهب المذهب الشافعى إلى أن موت العاقد لا يبطل خياره ، وأن هذا الخيار يثبت للوارث قياساً على خيار الشرط ، يذهب المذهب الحنبلى إلى أن موت أحد المتعاقدين قبل التفرق وانفضاض المجلس يبطل خياره ، « لأنه قد تعذر منه الخيار والخيار لا يورث[٣] » .

وأما التنازل عن خيار المجلس فهو جائز عند الحنابلة دون الشافعية .

تلك هى أحكام خيار المجلس فى الفقه الإسلامى وإذا وازنا بين الخيار المقترح وخيار المجلس نجد أنهما يشتركان فى سلبهما للزوم العقد ، ويفترقان فى أن انقطاع الخيار فى حالة خيار المجلس يكون بافتراق الأبدان بينما يكون انقطاع الخيار فى حالة خيار الرجوع المقترح عند وصول القبول إلى علم الموجب[٤] ونحن نرى إطلاق تسمية

---

(١) جاء فى المغنى (ج٤، ص٦ وما ب) : « فإن جن [أحدهما] أو أغمى عليه ، قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه ، وهذا مذهب الشافعى ، وجاء فى الوجيز (ج ٢، ص١٤٠ — ١٤١) » ويقطع الخيار بلفظ يدل على اللزوم وتمام الرضا وبمفارقة المجلس بالبدن . وهل يبطل بالموت ؟ فيه قولان أحدهما أنه لا يبطل كخيار الشرط فيثبت للوارث » .

(٢) المهذب ، المرجع السابق . (٣) المغنى ، المرجع السابق .

(٤) لئن كنا ندعو إلى نظرية « خيار الطريق » وهى صورة مهذبة لنظرية خيار المجلس فنحن فى نفس الوقت ننحاز إلى جانب نفاة هذه النظرية الأخيرة ، نظراً لإضعافها القوة الملزمة للعقد من جهة ، وصعوبة تطبيقها فى حالة التعاقد بين الغائبين من جهة أخرى وقد أبان أستاذنا الدكتور السنهورى العيب الأول فى كتابه مصادر الحق (ج ٢ ، ص٣٩) وأشاد بموقف مالك لنفيه هذا الخيار حيث يقول « ومهما يكن من أمر تأويل الحديث [البيعان بالخيار مالم يتفرقا] فنحن نواجه مبدأ ضخما من أهم المبادىء القانونية ، هو قوة العقد الملزمة . ويكسب العقد هذه القوة عند تمامه ، =

« خيار الطريق » أو « خيار البَيْن » على الخيار المقترح نظراً لأن ممارسته تتم فى « طريق » القبول إلى الموجب أى فى الفترة الواقعة « بين » صدور القبول ووصوله إلى الموجب .

١٤٧ — مبدأ العدالة : إن الحديث الشريف « لا ضرر ولا ضِرار[1] » وما يستتبعه من دفع للضرر عن الأفراد ما أمكن يصلح — بالإضافة إلى خيار المجلس — أساسا لتسويغ خيار الطريق المقترح . وسنلمس الوجوه التى يدرء بها خيار الطريق الضرر عن العاقدين عند بحثنا التالى لمزاياه فى ظل نظرية الإعلان ، ومزايا نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم .

= ولايجوز أن يتأخر فى كسبها عن ذلك الوقت . والقول بغير ذلك فيه إهدار لمبدأ جوهرى من مبادىء القانون ، وإخلال بالثقة المشروعة عند التعامل بل يجوز لتفادى هذه النتائج تغليب القياس على الأثر . وهذا مافعل أبوحنيفة إمام أهل الرأى جرياً على مذهبه ، بل هذا مافعل مالك نفسه إمام أهل الحديث. وقد روى عنه تغليب القياس على السماع كما قال ابن رشد فى بداية المجتهد . ولقد كشف مالك عن ملكة الفقه عند ما أبى أن يهدر قوة العقد الملزمة ، أبى إهدارها ، ولو تعارض فى ذلك مع حديث رواه هو بنفسه حتى عابه كثير من أهل العلم على ما جاء فى المغنى ، وحتى قال الشافعى لا أدرى هل اتهم مالك نفسه أو نافعاً وأعظم أن أقول عبد الله بن عمر وحتى قال ابن أبى ذئب يستتاب مالك فى تركه لهذا الحديث أما مالك رحمه الله فقد اكتفى بأن يقول فى هذا الحديث : ليس لهذا عندنا حد معروف ولا أمر معمول به فيه » .

أما العيب الثانى فيبدو فى صعوبة تطبيق نظرية خيار المجلس فى حال التعاقد بين الغائبين ذلك لأن مجلس الخيار يبدأ فى هذه الحالة فى وقت قبول القابل وينتهى بمفارقة كل عاقد مجلسه الذى كان فيه عند القبول . وتبدو الصعوبة بوجه خاص فى تعسر معرفة وقت القبول من قبل الموجب لكى يتسنى له البدء بممارسة حقه فى الرجوع . أما ما ذهب إليه البجيرمى من أن هذا يعرف بالاخبار ، فهو ينأى عن منطق الضرورات العملية . إذ كيف يتسنى لموجب فى دمشق أن يعرف الزمن الذى قبل فيه إيجابه فى القاهرة وأن يبدأ فى نفس الوقت بممارسة خيار الرجوع (راجع حاشية البجيرمى على المنهاج ، جـ٢ ص١٥٢ ، س ٢١) وعندى أن هذه الصعوبة هى التى دعت الرأى الأصح فى المذهب الشافعى إلى عدم إقرار التعاقد بين الغائبين (راجع المهذب ، جـ١ ، ص٢٥٧) .

ويلاحظ هنا أن أستاذنا الدكتور السنهورى قد أشار فى كتابه مصادر الحق (جـ ٢ ، ص ٦١) إلى أن خيار المجلس « يقتصر على التعاقد ما بين الحاضرين إذ يفترض أنهما لم يفترقا » والواقع أن مثبتى هذا الخيار لم يقصروه على التعاقد مابين الحاضرين بل بسطوا تطبيقه على التعاقد مابين الغائبين كما تقدم .

(١) وهو حديث فى رتبة الحسن رواه مالك فى الموطأ ، وأخرجه ابن ماجة والدارقطنى فى سننهما وقد اعتبرته مجلة الأحكام العدلية قاعدة من قواعدها الكلية (راجع المادة ١٩ من المجلة والمادة ٢٦١ من القانون المدنى العراقى) . ومعنى الضرار مقابلة الضرر بالضرر .

(د) مزايا نظرية خيار الطريق

مزايا خيار الطريق في ظل نظرية الإعلان

١٤٨ — يقدم خيار الطريق فى ظل نظرية الإعلان فائدة جدية لطرفى العقد وهى تبدو فى إبعاده هذين الطرفين عن ضرر محقق تعجز نظرية الإعلان عن دفعه . ونستعرض فيما يلى بعض الفروض التى يبين منها فوائد خيار الطريق لكل من الموجب والقابل .

١٤٩ — (١) *ميزة خيار الطريق فى صف الموجب* : فى ظل خيار الطريق المقترح يتسنى للموجب البائع ، إذا تأخر الموجب إليه عن إعلامه بالقبول ، أن يتملص من إيجابه وأن يبيع سلعته إلى مشتر جديد إذا وجد من مصلحته عدم الإنتظار خشية فوات أيام رواج بيع المبيع ، وفى ذلك دفع للضرر لا يخفى .

فلو افترضنا أن تاجراً حلبيا باع إلى تاجر قاهرى كمية من الفستق الحلبى بثمن معين . فإذا ما قبل التاجر القاهرى هذا الإيجاب ، وتأخر عن إعلام صاحبه الحلبى فإن هذا الأخير يستطيع فى ظل خيار الطريق أن يتحرر من إيجابه ، وأن يبيع سلعته إلى مشتر سائح ، إذا ما خاف فوات الفرصة . وواضح أن هذه المكنة التى يمنحه إياها خيار الطريق ، لا يتمتع بها فى ظل نظرية الإعلان المجردة عن هذا الخيار .

ذلك لأنه فى ظل هذه النظرية الأخيرة يلزم التاجر الحلبى بانتظار القبول ، وهو إذا ما باع قبل وصوله ، يعتبر بائعا لملك الغير ، نظراً لأن البيع قام لازماً بمجرد قبول القاهرى . وواضح من هذا المثال ، أن نظرية الإعلان فى شكلها المنتقد تضع الموجب تحت رحمة القابل .

ويقول أستاذنا الشيخ على الخفيف فى هـــذا المعنى : « فإذا ما تأخر إبلاغه القبول زمناً فإلى أية مدة يكون الموجب فى جهالة من أمره ؟ ذلك ما قد يجر الى نزاع بين الطرفين ، لأن الموجب قد يتعاقد مع ثالث لعدم علمه بالقبول الصادر من المرسل

إليه ، ومضى زمن على إيجابه ، فيتنازعان بسبب ذلك[1]. » .

بقى أن نقول إن الخيار الممنوح الموجب ، وهو غنم ، لم يقابله غرم يلحق بالقابل فى المثال الذى استعرضناه . ذلك لأن القـــابل هو الذى فسح للموجب المجال لممارسته خياره ، نظراً لتأخره فى إعلام الموجب بالقبول ، وتأخيره لزوم العقد من ثم . وهكذا يبين أن إناطة لزوم العقد بعلم الموجب بالقبول أدعى إلى إسراع القابل بإعلام قبوله ، واستقرار التعامل تبعاً لذلك .

١٥٠ — (٢) *ميزة خيار الطريق فى حق القابل* : سبق أن أشرنا إلى أن نظرية الإعلان تضيق على القابل وتلزمه بالقبول فور وصول الإيجاب إليه ، وأن العـــدالة تقضى بفسح المجال أمام القابل للتروى فى أمر الصفقة المعروضة عليه . ونضيف هنا أن خيار الطريق المقترح ، إذ يسلب اللزوم عن القبول الذى أصدره القابل ، يمنح هذا الأخير الوقت الكافى لإعادة النظر فيما أبرمه من تصرف .

هذا ويبدو أن الفقهاء المسلمين قد أحسوا بما يكتنف مجلس العقد بين غائبين من ضيق . فحاولوا تيسيراً على القابل ، أن يتزحزحوا بعض الشيء عن شرائط هذا المجلس وذلك بالسماح للقابل بالقبول فى غير مجلس علمه بالإيجاب . وهذا السماح الذى أجاز فيه الفقهاء لأنفسهم الخروج فيه عن منطق مجلس العقد يحمل فى ذاته مساساً عميقاً بجوهر نظرية الإعلان التى تقتضى فى دورها أن يتم القبول فور وصول الإيجاب .

ونقدم فيما يلى محاولتين فقهيتين قام بأولاهما الفقيه خواهر زاده وهى ترمى إلى اعتبار الإيجاب المكتوب لغائب قائماً رغم انفضاض مجلس العلم به دون قبول ، بحيث إذا قبله المـــكتوب إليه فى مجلس آخر انعقد العقـــد ، وقام بثانيتهما أستاذنا الشيخ على الخفيف وهى ترمى إلى اعتبار الإيجاب المرسل بوساطة الرســـــول قائماً رغم انفضاض مجلس العلم به دون قبول بحيث إذا قبله المرسل إليه فى مجلس آخر قام العقد .

---

(١) راجع أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ الشيخ على الخفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، هامش ص ٢٠٤ . حيث يعرض المؤلف نظراً جديداً — بعد نقده لنظرية الاعلان المشار إليه فى المتن — يرى فيه ضرورة اشتراط أعلام الموجب بالقبول فى مدة معينة إذا مضت دون إعلامه بطل العقد .

المحاولة الأولى : وقد عرضها شيخ الإسلام خواهر زاده فى مبسوطه بقوله :
«الكتاب والخطاب سواء إلا فى فصل واحد ، وهو أنه لو كان حاضراً نخاطبها بالنكاح ، فلم تجب فى مجلس الخطاب ، ثم أجابت فى مجلس آخر ، فإن النكاح لا يصح وفى الكتاب إذا بلغها ، وقرأت الكتاب ، ولم تزوج نفسها منه فى المجلس الذى قرأت الكتاب فيه ، ثم زوجت نفسها فى مجلس آخر بين يدى الشهود ، وقد سمعوا كلامها ومافى الكتاب ، يصح النكاح ، لأن الغائب إنما صار خاطباً لها بالكتاب والكتاب باق فى المجلس الثانى ، فصار بقاء الكتاب فى مجلسه وقد سمع الشهود مافيه فى المجلس الثانى بمنزلة ما لو تكرر الخطاب من الحاضر فى مجلس آخر ، فأما إذا كان حاضراً ، فإنما صار خاطباً لها بالكلام ، وماوجد من الكلام لا يبقى إلى المجلس الثانى ، وإنما سمع الشهود فى المجلس الثانى أحد شطرى العقد[1]» .

وقد عمم الأستاذ على الخفيف هذا الحكم على جميع العقود المالية إذ يقول :
« وفى رأيى أن عقد البيع وغيره من عقود المال أولى بهذا الحكم من عقد النكاح ، إذ يتساهل فى عقد البيع ونحوه بما لا يتساهل به فى عقد النكاح ، وعلى ذلك يجوز لمن أرسل إليه الإيجاب بالكتاب إذا قرأه فلم يقبله فى أول مجلس أن يقرأه فى مجلس آخر ثم يقبل ، ويكون مجلس العقد مجلس كل قراءة[2] » .

المحاولة الثانية : وقد أوردها الأستاذ الخفيف فى كتابه أحكام المعاملات الشرعية بعد تعميمه رأى خواهر زادة على كل العقود ، ونترك الكلام هنا لأستاذنا الخفيف يشرح فيه رأيه الجديد :

« بقى النظر فيما إذا أعاد الرسول رسالته بعد حصول ما يعد إعراضاً عنها من المرسل إليه عند تبليغه الأول ؟ أتعتبر هذه الإعادة إيجاباً آخر ، فإذا اتصل بها قبول نشأ بهما العقد أم لا تعتبر ؟ لأن مهمة الرسول قد انتهت بالتبليغ الأول ، وليس من

---

(١) رد المحتار ج ٤ ، ص ١١ ، س ٤ .
(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٠٩ . انظر فى المرجع السابق قياس ابن عابدين البيع على النكاح وقارن كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبو زهرة ، طبعة عام ١٩٥٩ ، ف ٢٩ ، ص ٤٧ حيث يذهب استاذنا إلى أن قياس البيع على النكاح هو قياس مع الفارق إذ يقول : « إن البيع لا يقاس على النكاح لأن النكاح يحتاج إلى شهود ، ولا يلزم أن يكونوا حاضرين وقت وصول الكتاب ، فيصح أن ينتظر إلى مجلس الشهود ... بخلاف البيع فإنه لا يحتاج إلى شهود » .

مهمته أن يكرر هذا التبليغ. وقد يعترض هذا الرأى ما جاء فى الهداية والبحر من أن الموجب إذا أوجب فى غيبة العاقد الآخر، ثم قال يا فلان بلغ هذا إلى فلان، فأبلغه إليه شخص آخر غير المنادى من تلقاء نفسه قبل قيام الرسول المأمور بذلك التبليغ، وقبل العاقد الآخر بناء على هذا الإبلاغ تم العقد، إذ مقتضاه أنه لا يشترط فى إنشاء العقد أن يكون تبليغ الإيجاب إلى القابل من شخص مكلف به، حتى يكون ذا شأن فيه، وأنه يكفى مجرد التبليغ من أى شخص متى كان ذلك مرغوباً فيه من الموجب، وعلى هذا إذا أعاد الرسول رسالته فلن يكون فى تلك الإعادة أقل من شخص قام بها متبرعاً، وإذن فلا مانع من أن نعتبر إعادة التبليغ إيجاباً مبتدأ كما فى اعتبارنا الكتاب إيجاباً قائماً بقيامه، وبناء على ذلك إذا أعاد الرسول رسالته فى مجلس آخر فقبل المرسل إليه تم العقد بذلك، ما دام أن المرسل لم يبلغه أعراض المرسل إليه فى المرة الأولى، ذلك ما يظهر لى، والله هو الموفق للصواب[1] ».

هذا ولسنا نريد أن نقف هنا عند تقدير أدلة هذين الرأيين وتقدير مدى نجاحهما فى تسويغ خروجهما عن قاعدتين رئيسيتين فى نطاق تكوين العقود فى الفقه الحنفى وهما قاعدة وحدة مجلس العقد، وقاعدة تبعية التعبير لصاحبه[2] ذلك أن ما نريد أن

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية، هامش ص٢٠٩ — ٢١٠ ويلاحظ هنا أن الرحمتى وابن عابدين والدكتور السنهورى وخلافاً للأستاذ الخفيف — قد جنحوا إلى التفرقة بين الكتاب والرسالة فى هذا الصدد. جاء فى رد المحتار: « والظاهر أنه لو كان مكان الكتاب رسول بالإيجاب فلم تقبل المرأة، ثم أعاد الرسول الإيجاب فى مجلس آخر، فقبلت لم يصح لأن الرسالة انتهت أولا، بخلاف الكتابة لبقائها. أفاده الرحمتى اهـ. » وجاء فى مصادر الحق (جـ١، ص١٠١) « ويبدو أن الكتابة تختلف عن الرسالة فى أن العاقد الآخر إذا لم يجب فى أول مجلس لبلوغ الكتاب، فالكتاب باق، بحيث إذا قرىء فى مجلس ثان، فقبل العقد الآخر، انعقد العقد ».

(٢) هذا ويبدو أن هذا الخروج لم يرق للأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى فقد جاء فى كتابه الأموال ونظرية العقد (ف ٣٨٧، ص٣٧٠): ونحن نرى أن هذا لا يتفق مع المنطق، وفيه إعطاء للرسول والكتاب من قوة الأثر ما ليس لمرسلهما نفسه، ثم الكتاب ليس له من الأثر إلا أنه أبلغ الطرف الآخر إيجاب صاحبه، فتعتبر قراءته إيجاباً من مرسله. فلا بد إذاً من قبول الطرف الآخر أو رفضه فى المجلس، وبخاصة وقد يتضرر الموجب بذلك التأخير فى تعرف إرادة الطرف الآخر. ويدل لهذا الذى نذهب إليه، ما ورد فى كتاب الهداية: « الكتاب كالخطاب، وكذا الإرسال، حتى اعتبر مجلس بلوغ الكتابة وأداء الرسالة » ومعنى ذلك بصراحة أن كتاب الموجب أو رسوله كحديثه المباشر الموجه للطرف الآخر وكل ذلك ينتهى بانتهاء المجلس ». ونشير هنا إلى =

نلفت النظر إليه هنا هو السبب البعيد الذى حدا بصاحبى هذين الرأيين إلى هذا الخروج . إنه ولاشك فى نظرنا ضيق المجال الممنوح للقابل ومساس الحاجة — والحاجة كما يقولون تفتق الحيلة — للتوسعة عليه من ثم وذلك بجعل مجلس العقد مطاطى الجنبات بحيث يتسنى للموجب إليه القبول فى جو كاف من الحرية قبل أن يقوم العقد بقبوله منعقداً لازماً ، وإذا ثبت كون هذه التوسعة هى الباعث على تخريج هذين الرأيين فما كان أحرى بهما فى نظرنا للوصول إلى هذا الغرض من سلوك مسلك آخر يضمن لهما الوفير من الثمار بالأقل من التضحيات : إنه خيار الطريق ! ذاك الذى نسعى مخلصين إلى تسخيره للحفاظ على وحدة مجلس العقد ، ولضمان صدور تصرف لازم عن وعى تام وبصيرة .

بقى أن نقول إن هذه التوسعة التى يقدمها خيار الطريق إلى القابل ، إذا كان من شأنها أن تفيد القابل ، فهى فى الوقت نفسه ليست بضائرة بالموجب . ذلك لأن خيار الطريق ، إذا كان من شأنه أن يخول القابل حق هدم العقد الذى صاغه بيده ، فهو ليس من شأنه أن يهدر ثقة الموجب . ذلك لأن هذا الرجوع — والفرض أنه قد وصل إلى علم الموجب قبل علمه بالقبول — يعتبر بالنسبة إليه بمثابة رفض للإيجاب ليس من شأنه أن يهدر ثقة تعلقت بقبول متلق .

= أن هذا الخروج إن كان يخالف المنطق كما أشار إليه المؤلف فهو يستجيب للضرورات العملية التى تقتضى هذا الخروج فى حال التعاقد بين غائبين وقد أبان أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة عن هذه الضرورة حين قال إن المرأة قد لا تجد الشاهدين عند وصول الكتاب إليها فمن المتعين إذن اعتبار الإيجاب قائماً وفسح المجال لها للقبول فى مجلس آخر وبعد إحضار الشاهدين ، إذ لا وجه لإسقاط الإيجاب فى هذه الحالة مادام لم يسقطه رفض صريح من المرأة الموجب إليها .

أضف إلى ذلك أن الشأن فى التعاقد بين الغائبين عادة أن يكون غير مسبوق بمجلس المقدمات يسمح الموجب إليه فيه أن يقلب الإيجاب على وجوهه المختلفة قبل صيرورته باتاً فى حقه ، ذلك أن القبول فى هذه الحالة هو أشبه بالإذعان منه بالقبول المسبوق بالاستيام فحرى بالمشرع أن يحمى القابل فى هذه الحالة بالتوسعة عليه فى مجلسه . أما اعتراض المؤلف على هذا الرأى الموسع لاعطائه الكتاب من قوة الأثر أكثر من الكاتب نفسه ، فهو غير وارد لأنه ليس فى منطق التعاقد بين غائبين ما يمنعه ، بدليل أن العقد ينعقد فى هذه الحالة بمجرد التقاء الكتاب بالقبول . ولو كان الكاتب نفسه موجوداً لما انعقد إلا بسماعه .

مزايا نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم

١٥١ — تمتاز نظرية الإعلان المعدلة على نظرية العلم بقوة مبناها الفقهى وخلوها من عيوب نظرية العلم التى سلف أن أشرنا إليها ، وهى إلى جانب ذلك تحقق الفوائد الآتية :

١٥٢ — (١) إن نظرية الإعلان المعدلة تغنينا عن نص المادتين ٩١ و ٩٢ الواردتين فى القانون المدنى المصرى واللتين لم يأخذ بهما القانون المدنى السورى وتنص الأولى منهما على أن « التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه » وتنص الثانية على أنه « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره ، فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ووجه الإستغناء أن القبول فى النظرية المقترحة ينتج أثره بمجرد صدوره لا فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويترتب على ذلك أن العقد يلد بمجرد صدور هذا القبول ويكتسب حياة مستقلة عن طرفيه فإذا ما طرأ موت العاقد أو فقده أهليته بعد هذه الولادة ، فليس ذلك بضائر بحياة الوليد الذى استقل عن مصدره[1] . وعليه فنحن فى هذه الحالة لسنا بحاجة إلى أن نبحث عن نظرية نستند إليها فى تجريد التعبير عن صاحبه كنظرية الإرادة الظاهرة التى قال بها أستاذنا السنهورى أو فكرة استقلال التعبير عن صاحبه التى أخذ بها الدكتور حجازى[2] ذلك لأن التعبير فى النظرية المقترحة قد وُجد فعلا ، وكون بالمساهمة مع التعبير الآخر العقد الوليد . وكل ما فى الأمر ، أن المشكلة التى تثور

(١) يمكننا أن نشبه العاقد بالمرأة الحامل والعقد بالولد . أن موت المرأة قبل الولادة قد يقضى على حياة الوليد . أما موتها بعد الولادة فليس يؤثر على حياته لأنه من الميسور قيام خلف لها بالإشراف عليه . ولئن كانت نظرية العلم تسعى إلى بقاء حياة الجنين رغم عدم ولادته ووفاة مصدره قبل الولادة . فإن ذلك لا يخلو فى نظرنا من التكلف ، وهذا ما دعا الشراح إلى الاختلاف فى الأساس الذى يستند إليه هذا البقاء .

(٢) جاء فى النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى (ج ١ ف ٣١٠ ، ص ٢٣٨ و ٢٣٩) : أن القانون المدنى المصرى الجديد يفصل بين التعبير وصاحبه فمتى خرج التعبير أصبح له وجود مستقل عن وجود صاحبه ومن ثم لا يتأثر بموته أو فقده أهليته . هذا هو أساس المادة ٩٢ وليس لها فى نظرنا أى أساس آخر ، ولهذا نخالف أستاذنا الدكتور السنهورى فى ذهابه إلى أن أساس هذه المادة هى الإرادة الظاهرة ... »

فى ظل النظرية الجديدة فى حال وفاة أحد العاقدين أو فقده أهليته تنحصر فى تسويغ أيلولة خيار الرجوع الذى كان ممنوحاً إلى العاقد قبل العارض إلى خلفه العام حال الوفاة، أو إلى نائبه الشرعى حال فقد الأهلية. وهذه الأيلولة فى نظرنا أطوع للتسويغ من أيلولة حق الرجوع عن التعبير إلى الوارث أو النائب الشرعى فى ظل نظرية العلم. ذلك لأن هذه الأيلولة فى ظل النظرية الأخيرة هى من الأمور غير المسلمة، بدليل أن ثمة فريقاً من الفقهاء يشككون فى إمكان انتقال التصرف قبل أن يتصل بعلم الموجب إلى ورثة القابل[1] ذلك لأن التصرف لما يتم فكيف يصح تصور تلقى الخلف لتصرف ناقص وما يتصل به من خيار للرجوع. أما فى النظرية الجديدة فليس ثمة من صعوبة فى تقبل انتقال حق الرجوع إلى الوارث وقد رأينا أن المذهب الشافعى قد أجاز فعلا هذا الإنتقال قياساً على انتقال خيار الشرط إلى الوارث.

١٥٣ — (٢) إن خيار الطريق المقترح يتيح لنا تصحيح العقود فى حالات تقضى نظرية العلم بإبطال العقد فيها، كما فى حالة وفاة الموجب أو فقده أهليته بعد القبول فإن مقتضى نظرية العلم فى هذه الحالة أن ينهار العقد الذى هو فى طريق التكوين بمجرد وقوع إحدى هاتين الحادثتين.

ويعلل أستاذنا السنهورى عدم قيام العقد فى حالة وفاة الموجب بقوله: «إن القبول لا يصل إلى الموجب إلا بعد موته، ومن ثم فلا ينتج أثره[2]». أما فى نظرية خيار الطريق فليس الموت بمودٍ بالعقد فى هذه الحالة ذلك لأن القبول أنتج أثره بمجرد صدوره وليس علم الموجب به منشئاً حتى ينهار التعبير بتخلفه كما هو الحال فى نظرية العلم التى تعتبر القبول تعبيراً متلقى، وإنما يقتصر دور العلم فى ظل نظرية خيار الطريق على تحديد نهاية الفترة التى يمارس فيها الطرفان خيار الرجوع، فإذا ما توفى الموجب انتقل الخيار إلى وارثه.

ويستخلص من المثال المتقدم، أن نظرية خيار الطريق المقترحة هى أدعى الى استقرار التعامل من نظرية العلم التى تعزى إليها مزية تأمين هذا الإستقرار.

---

(١) دورما ف ٤٤٤ و ٤٤٥، ص ٥١٦ و ٥١٧.
(٢) الوسيط، ج ١، ص ١٨٧.

١٥٤ — وبعد ، فهذا هو الحل السديد ، فى نظرنا ، لعلاج مسألة انعقاد العقد بين الغائبين وهو حل يخفف من غلواء نظرية الإعلان التى أبت إلا أن تضيق على القابل فى تطلبها الفورى لقبول الإيجاب — والأمر كما تقول القاعدة الكلية ، إذا ضاق اتسع — دون أن تفكر فى هذه المرحلة المتوسطة ، هذه « المحطة النافعة » التى يجيز فيها المشرع المتعاقدين ممارسة خيار الطريق ، موفقاً فى ذلك بين متطلبات السرعة فى إبرام العقد وقطف ثمائه ، ومتطلبات التروى فى تقرير لزوم على يقين من التراضى المستنير ! . . .

وهو من جهة أخرى يكبح من جماح التشريعات الحديثة التى انتقلت من الفعل إلى رد الفعل ، وقفزت طفرة من نظرية الإعلان إلى نظرية العلم ، ودعت إلى إرجاء انعقاد العقد إلى حين علم الموجب بالقبول ، وهو حين قد يطول . إننا ندعو أنصار نظرية العلم إلى التعجيل فى إبرام التصرف بمجرد توافر شطريه ، واعتبار هذا الإنعقاد تكأة تبعث على وجود الإستقرار فى التصرف الذى توافر جوهره ، واتخاذه بمثابة محطة نافعة ، من الخير للتصرف أن يقف فيها شطراه فى مسيرها نحو لزوم لا رجعة فيه !

§ ٣ — تقنين من وضعنا

١٥٥ — وبناء على ما تقدم نقترح تعديل نص المادة ٩٨ من القانون المدنى السورى بحيث يصبح على الشكل الآتى :

م ٩٨ : ١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول مالم يوجد إتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .

(٢) لكل من العاقدين خيار الرجوع عن العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب وينتقل هذا الخيار إلى الوارث حال وفاته ، وإلى نائبه الشرعى حال فقده أهليته .

(٣) يعتبر وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك .

المبحث الخامس

هل الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

١٥٦ — *خطة هذا البحث وفائدته* : سنعمد إلى مجابهة هذه المشكلة فى نطاق المذهب الحنفى نظراً لاهتمامه بالإعلام المنشىء بوجه خاص إذا ما قورن مع بقية المذاهب الإسلامية ، على أن نتبع بحثنا بلمحة موجزة عن موقف المذاهب الأخرى من مشكلة الإعلام المنشىء ، ثم نعطى لمحة موجزة عن هذه المشكلة فى التقنينين المصرى والسورى .

أما فائدة هذا البحث فتبدو فى تحديد نطاق الإعلام المنشىء فى الفقه الإسلامى ذلك لأنه من الضرورى من الوجهة العملية عند ما نجابه تعبيراً ما أن نتعرف عما إذا كان الإعلام المنشىء ضرورياً لقيام هذا التعبير أولا ، ولعله لا يتسنى لنا ذلك إلا إذا عرفنا تلك القواعد التى يترتب على ضوئها فرض الإعلام المنشىء على تعبير معين كشريطة لإنتاجه أثره .

الفرع الأول

الإعلام المنشىء فى المذهب الحنفى

١٥٧ — لكى يتسنى لنا الإجابة عن السؤال الذى طرحناه سابقاً ، ومعرفة ما إذا كان الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الإستثناء فى المذهب الحنفى يتعين علينا أن نستعرض أولا بعض التطبيقات فى هذا المذهب لكل من التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ، ثم نستعرض الأساس الذى استند إليه الفقهاء لتسويغ عدم ضرورة الإعلام فى الأولى وضرورته فى الثانية ، ثم نتكلم عن قابلية التعبير الضمنى للإعلام المنشىء ، ومدى صلة الإعلام المنشىء بالشكلية ، وأخيراً نقرر على ضوء ماتقدم ما إذا كان يتسنى وضع معيار طبيعى أو معيار شرعى للتمييز بين هذين النوعين من التعبيرات فى الفقه الحنفى .

المطلب الأول

التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة

١٥٨ — نستعرض فيما يلي بعض التطبيقات عن التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة فى المذهب الحنفى .

§ ١ — التعبيرات الملقاة المجمع عليها

(أ) التعبيرات الملقاة فى التصرفات المالية : القبول والرجوع عن الإيجاب فى التعاقد بين الغائبين ، عزل الرسول ، الإجازة ، اختيار المالك رفع عقد الفضولى ، التنازل عن الشفعة ، الإبراء ، الفسخ الفعلى ، العزل الفعلى .

(ب) التعبيرات الملقاة فى التصرفات غير المالية : الرجعة ، الطلاق ، العتاق ، العفو عن القصاص ، خيار البلوغ ، خيارة المخيرة .

§ ٢ — التعبيرات المتلقاة المجمع عليها

(أ) التعبيرات المتلقاة فى التصرفات المالية : الإيجاب لغائب ، تعيين الوكيل ، عزله ، عزل الوكيل نفسه ، إذن العبد ، حجره ، حجر المدين ، الفسخ بخيار العيب ، فسخ الشركة .

(ب) التعبيرات المتلقاة فى التصرفات غير المالية : تفويض المرأة بتطليق نفسها .

§ ٣ — التعبيرات المختلف فيها

الإيجاب والقبول والرجوع عن الإيجاب فى التعاقد بين حاضرين ، الفسخ بخيار الشرط ، الفسخ بخيار الرؤية ، فسخ البيع الفاسد ، خيار المعتقة ، الوصاية .

المطلب الثانى

أساس الإعلام المنشىء

١٥٩ — ونبحث هنا (١) تعليل الفقهاء لانتفاء ضرورة الإعلام فى التعبيرات الملقاة (٢) تعليل ضرورة الإعلام فى التعبيرات المتلقاة (٣) أدلة مثبتى الإعلام ونفاته فى التعبيرات المختلف فيها .

§ ١ — تعليل انتفاء ضرورة الإعلام فى التعبيرات الملقاة

١٦٠ — لسنا نجد فى الكتب الفقهية تعليلات لعدم ضرورة الإعلام فى كل

التعبيرات الملقاة . فثمة تعبيرات سكت الفقهاء عن علة عدم ضرورة إعلامها رغم أهميتها كتعبير القبول . على أننا حتى فى مجال التعبيرات المعللة لسنا نجد تعليلا وحيداً لعدم ضرورة الإعلام بل ثمة تعليلات متعددة تختلف حسب طبيعة التعبير الذى تتناوله . وهذه التعليلات تذهب إلى أن الإعلام غير ضرورى إما لأن التعبير غير ملزم للغير كما فى اختيار المالك رفع عقد الفضولى، وإما لأن صاحب التعبير يستعمل حقه على الخلوص كما فى الرجعة ، وإما لأن المخاطَب يحكى كلام المخاطِب كما فى عزل الرسول، وإما لأن التعبير هو من قبيل الإسقاطات كالتنازل عن حق الشفعة ، والإبراء ، والإجازة ، والطلاق ، والعتاق ، والعفو عن القصاص ، ونستعرض فيما يلى النصوص الفقهية التى تفصل هذه التعليلات :

(ا) **اختيار المالك رفع عقد الفضولى** : جاء فى العناية شرح الهداية : «ومنها اختيار المالك رفع عقد الفضولى يلزم العاقد بلا علم . . . لأنه امتناع عن عقد لا إلزام فيه[1] » . وجاء فى فتح القدير : « ومنها خيار المالك فى بيع الفضولى بدون علم المتعاقدين . . . لأن عقدها لا وجود له فى حق المالك إذ لا ولاية لهما عليه[2] » .

(ب) **الرجعة** : جاء فى البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت ، لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفاً فى ملكه بالاستيفاء والاستدامة ، فلا يشترط فيه إعلام الغير ، كالإجازة فى الخيار[3] » . وجاء فى العناية شرح الهداية : « لو لم يعلمها ، صحت الرجعة لأنها استدامة للقائم ، وليست بإنشاء . فكان الزوج فى خالص حقه ، وتصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير[4] » .

(حـ) **عزل الرسول** : جاء فى البدائع : « وكذا لو أرسل رسولا ثم رجع ، لأن الخطاب بالرسالة لا يكون فوق المشافهة ، وذا محتمل للرجوع ، فههنا أولى ، وسواء علم الرسول رجوع المرسل أو لم يعلم به . . . لأن الرسول يحكى كلام المرسل وينقله إلى المرسل إليه ، فكان سفيراً ومعبراً فلم يشترط علم الرسول[5] » .

(١) العناية شرح الهداية على الفتح ، جـ ٥ ، ص ١٢٣ .
(٢) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ١٢٢
(٣) البدائع ، جـ ٣ ، ص ١٣٨ ، س ٦ .
(٤) العناية شرح الهداية ، جـ ٣ ص ١٦٣ .
(٥) البدائع ، جـ ٥ ص ١٣٨ .

(ى) الإسقاطات : (١) الإجازة : جاء فى حاشية الطحطاوى : « أجاز من له الخيار ولو أجنبياً صح ، ولو مع جهل صاحبه إجماعاً . لأنها إسقاط حق فلا يعتبر علم صاحبه بها كالطلاق والعتاق[1] » . وجاء فى المبسوط : « وإن اختار لزوم البيع والمشترى غائب ، فهو جائز ، لأنه لا يلزم المشترى بتصرفه ما لم يلتزم . فالبيع لازم فى جانب المشترى . وإنما يسقط البائع حق نفسه فى الفسخ بالإجازة ، وذلك صحيح منه بعد غيبة المشترى ، فليس له بعد ذلك أن ينقضه ، كما لو لم يكن فى البيع خيار لواحد منهما[2] » . وجاء فى تبيين الحقائق : « وكالإجازه فإن علم الآخر لا يشترط فيها ، فلهذا لا يشترط رضاه ، ولأنه لاضرر فيها على صاحبه ، إذ هو موافق له فيها[3] ». وجاء فى الهداية : « وله أن يجيز فإن أجازة بغير حضرة صاحبه جاز[4] » . وجاء فى المبسوط : « وهذا [الفسخ] بخلاف الإجازة ، فإنه لا يلزم البائع بإجازته ، وهو نظير الرضا بالعيب من المشترى ، فإنه يصح بغير علم البائع لأنه لا يلزمه شىء[5] » .

(٢) الطلاق : جاء فى المبسوط : « وليس هذا [الفسخ] كالطلاق ، فإن الزوج بإيقاع الطلاق لا يلزمها شىء ، إنما يرفع الحل الثابت له ، وكذلك فى الرجعة ، لا يلزمها شىء ، لأن النكاح باق بعد الطلاق الرجعى على حاله[6] » . وجاء فى العناية : « لأن ذلك [الطلاق] من الإسقاطات ، وما هو كذلك ليس فيه شىء من الإلزام ، كإسقاط الحمل عن الدابة[7] » .

(٣) و (٤) العتاق والعفو عن القصاص : « جاء فى فتح القدير : « ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص ... فإنها إسقاطات ، لا يلزم بها شىء

(١) حاشية الطحطاوى ، جـ ٣ ص ٣٤ ، س ٢٧ .
(٢) المبسوط ، جـ ١٣ ، ص ٤٧ .
(٣) تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ١٨ .
(٤) الهداية على الفتح ، جـ ٥ ، ص ١٢٠ ، س ٥ .
(٥) المبسوط ، جـ ١٣ ، ص ٤٤ .
(٦) المبسوط ، جـ ١٣ ، ص ٤٥ .
(٧) العناية على الفتح ، جـ٥ ، س ١٢٢ .

من أسقط عنه ، فلا يتوقف على علمه[1] » .

(٥) و (٦) **التنازل عن حق الشفعة والإبراء** : جاء في المحيط للسرخسي : « ولو سلّم الشفعة بعد البيع ، قبل العلم بالشراء بطلت شفعته ، وإن لم يكن المشترى حاضراً ، لأنه إسقاط حق ، بدليل أنه يصح من غير قبول ، ولا يرتد بالرد . فلا يشترط لصحته العلم ، كالإبراء عن الديون وكالعتاق[٢] » .

(هـ) **خيار البلوغ** : جاء في جامع الفصولين : « بلغت والزوج غائب ، هل لها أن تختار نفسها ، وهل يفرق ؟ لاشك أنه لايفرق ، لأنه قضاء على الغائب ، ولكن لها أن تختار نفسها حين بلغت ، لئلا يبطل حقها . فإذا حضر الزوج تدعى أنها اختارت نفسها ، فيفرق بينهما . . . والحاصل أن كل فرقة تحتاج إلى الحكم لم يجز الحكم عند الغيبة ، كما في خيار الإدراك والتزويج من غير كفء والفرقة بلعان ، وعُنه ، وجَبٍ ، وإباء عن الإسلام . وكل فرقة لا تحتاج إلى الحكم تصح بغيبة الآخر كخيار مخيرة أو عتق أو بأمر باليد[٣] » .

(و) **فسخ المستأجر**: جاء في جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر لم يجز ، لإبطال حقه . ولو فسخ المستأجر بغيبة المؤجر جاز ، إذ أبطل حق نفسه . [٤] » [٥] .

§ ٢ — تعليل ضرورة الإعلام في التعبيرات المتلقاة

١٦١ — تعددت الطرق التي سلكها الأحناف لتعليل ضرورة الإعلام المنشىء في التعبيرات المتلقاة ، ونستعرض فيما يلي تعليل الفقهاء لهذه الضرورة بإيجاز ثم نأتي على ذكره مفصلا كما ورد في النصوص الفقهية :

---

(١) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) المحيط للسرخسي ، جـ ٧ ، ص ٢٤٦ ، س ٢١ (مخطوط في مكتبة الأزهر) .

(٣) جامع الفصولين ، جـ ١ ، ص ٢١٤ ، ١٣ .

(٤) المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٣٩ ، س ٩ .

(٥) نرجىء الكلام عن الفسخ الفعلي والعزل الفعلى إلى حين الكلام عن موقف التعبيرات الضمنية من الإعلام المنشىء (راجع ماسيأتي ف ١٦٨ — ف ١٧٢) أما الرجوع والقبول فقد أشرنا إليهما فيما سبق (راجع ف ١٢٨ وف ١١٧) .

(أ) تعيين الوكيل ، إذن العبد ، حجره : استند الفقهاء فى تسويغ الإعلام المنشىء فى هذه التعبيرات إلى قياسه على الإعلام المنشىء فى الأحكام الشرعية . فكما أن إذن الشرع ، ومنعه ، وأمره لايتم إلا بعلم المكلف[1] فكذلك إذن صاحب التعبير ، ومنعه ، وأمره لايتم إلا بعلم المخاطب .

(ب) عزل الوكيل : توسع الفقهاء فى بيان المسوغات التى تؤيد الإعلام المنشىء فى عزل الوكيل ولعل الباعث الذى حدا بهم إلى هذا التوسع هو الرد على اعتراض الشافعى رحمه الله ، الذى ذهب إلى أن لا ضرورة للإعلام فى العزل ، لأنه إسقاط ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه . ولقد جاء الأحناف للرد على هذا الإعتراض بعدة حجج مؤداها أن العزل ملزم للوكيل ، مستحدث له ، وقد يلحق به أضراراً مادية أو أدبية ، فيجب أن لاينفذ فى حقه ما لم يعلم به .

(حـ) تفويض المرأة بتطليق نفسها : يأخذ هـذا التعبير طابع التعبيرات الاستثارية التى تستثير من الموجه إليه التعبير رد فعل إيجابياً كان أو سلبياً . ولعل هـذا الطابع هو الذى حدا بالفقهاء إلى فرض الإعلام المنشئ على هذا النوع من التعبيرات وهذا ما سنستخلصه من مؤدى التعليل الذى جاء به الكاسانى لدعم الإعلام فى التفويض كما سنرى . ويلاحظ هنا أنه فى الوسع قياس إذن المفوضة على إذن العبد ، ففى كليهما يأذن المخاطِب للخاطَب بعمل ما .

(د) الإيجاب : لعلنا نستطيع أن نضع الإيجاب فى زمرة التفويض ففى كليهما يستحث المخاطِب المخاطَب على القيام بعمل هو خيار الطلاق أو بقاء الزوجية فى التفويض وخيار القبول أو الرفض فى الإيجاب . على أن الفقهاء يدلون بتعليلات خاصة لاشتراط الإعلام المنشىء فى الإيجاب . فقد ذهب برهان الدين إلى أن ضرورة الإعلام فى الإيجاب تستند إلى كونه جزءاً مقوماً فى إرادة الأثر (الرضا) . وما لم يتحقق هذا الإعلام لا يكون الرضا قائماً .

---

(١) جاء فى أصول الفقه للخضرى (ص ٩٤) « للفعل الداخل تحت التكليف شروط ... أن يكون معلوماً كونه مأموراً به من جهة الله تعالى حتى يتصور منه قصد الإمتثال . »

ونستعرض فيما يلي النصوص الفقهية الموضحة لما سبق :

(أ) **تعيين الوكيل** : جاء فى البدائع : « لا خلاف فى أن العلم بالتوكيل فى الجملة شرط . . . لأن حكم الآمر لايلزم إلا بعد العلم بالمأمور به ، أو القدرة على اكتساب سبب العلم بالمأمور به ، كما فى أوامر الشرع[1] » . وجاء فى الأشباه والنظائر للحموى : « الوكيل لا يكون وكيلا قبل العلم بالوكالة . . . لأنها أمر فتعتبر بأوامر الشرع ، وأنه لا يلزم بلا علم ، واللزوم بلا علم فى دار الإسلام لحصول العلم تقديراً لشيوع الخطاب ، فاندفع دار الحرب لعدم الشيوع فيه ، لعدم كونه دار الأحكام[2] » .

(ب) **إذن العبد** : جاء فى البدائع : « ولا خلاف فى أن العلم بالإذن شرط لصحة الإذن . . . لأن الإذن هو الإعلام قال الله تعالى : « وأذان من الله ورسوله » أى إعلام والفعل لا يعرف إعلاماً إلا بعد تعلقه بالعلم . ولأن إذن العبد يعتبر بإذن الشرع ، ثم حكم الإذن من الشرع لايثبت فى حق المأذون إلا بعد علمه به ، فعلى ذلك إذن العبد[3] .

(حـ) **حجر العبد** : جاء فى البدائع : « فإن لم يعلم لا يصير محجوراً لأن الحجر منع من تصرف شرعى وحكم المنع فى الشرائع لا يلزم الممنوع إلا بعد العلم ، كما فى سائر الأحكام الشرعية[4] .

(ى) **عزل الوكيل** : جاء فى تبيين الحقائق : « وتبطل الوكالة بالعزل إذا علم به الوكيل . وقال الشافعى رحمه الله : ينعزل بعزله وإن لم يبلغه العزل لأنه بالعزل يسقط حق نفسه وجواز الوكالة لحقه والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه كالطلاق والعتاق والعزل الحكمى . . .

---

(١) البدائع ، جـ ٦ ، ص ٢٠ .

(٢) الأشباه والنظائر للحموى ، جـ ٢ ، ص ١٨ .

(٣) البدائع ، جـ ٧ ، ص ١٩٣ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٢٠٦ .

ولنا أن العزل خطاب ملزم مقصود ، وحكم الخطاب لا يثبت في حق المخاطب ما لم يبلغه كخطاب الشارع حتى إذا بدل بالنسخ لا يثبت حكم النسخ حتى يبلغ المكلف ولأن في انعزاله إضراراً به لأنه قد يتصرف بعد العزل قبل أن يبلغه فيلزمه الضمان بذلك والضرر مدفوع شرعاً بخلاف الطلاق والإعتاق والعزل الحكمي لأن العزل فيه حكمي لضرورة عدم المحل فلايتوقف على العلم[1] » . وجاء في الجوهرة النيرة : « وإن لم يبلغه العزل فهو على وكالته . . . لأن العزل نهي والأوامر والنواهي لا يثبت حكمها إلا بعد العلم بها[2] » وجاء في البدائع : « ولصحة العزل شرطان : أحدهما علم الوكيل به لأن العزل فسخ للعقد فلا يلزم حكمه إلا بعد العلم به كالفسخ[3] »[4] .

(هـ) **عزل الوكيل نفسه** : جاء في الدر المختار : « وللوكيل بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق ، وببيع ماله ، وبشراء شيء بغير عينه ، عزل نفسه بشرط علم موكله ، أما الوكيل بالنكاح فإنه يصح عزل نفسه في هذه الأشياء وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره[5] »[6]

(و) **تفويض المرأة بتطليق نفسها** : جاء في البدائع : « ولو جعل الأمر بيدها وهي غائبة أو حاضرة لم تسمع لا يصير الأمر بيدها ما لم تسمع أو يبلغها الخبر لأن معنى صيرورة الأمر بيدها في الطلاق هو ثبوت الخيار لها ، وهو اختيار نفسها

---

(١) تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ٢٨٧ ، س ٩ .
(٢) الجوهرة النيرة ، جـ ١ ، س ٣٠٤ .
(٣) البدائع ، جـ ٦ ، ص ٣٧ ، س ١٦ .
(٤) وفي نطاق القانون العام يلاحظ أن عزل القاضي هو تعبير متلقى ، جاء في البدائع (جـ ٧ ، ص ١٦ ، س ٣٠) : « وعلم المعزول بالعزل شرط صحة العزل . »
(٥) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٤٢٣ .
(٦) جاء في المادة ١٥٢٤ من المجلة : « إذا عزل الوكيل نفسه فيلزمه أن يعلم الموكل بعزله وتبقى الوكالة في عهدته إلى أن يعلم الموكل عزله ، وإذا كان وكيلا لشراء مال معين وعزل نفسه من الوكالة فليس له شراءه لنفسه مالم يبلغ خبر انعزاله إلى الموكل ... »
وفي نطاق القانون العام يلحظ أن استقالة القاضي هي أيضاً تعبير متلقى فقد جاء في رد المحتار (جـ ٤ ، ص ٤٣٣) : « وكذا يشترط علم السلطان بعزل قاض وإمام نفسهما وإلا ، لا . »

بالطلاق ، أو زوجها بترك الطلاق اختيارا الإيثار وهذا لايتحقق إلا بعد العلم بالتخيير ، فإذا علمت بالتخيير صار الأمر بيدها[1] » .

(ز) الإيجاب : جاء فى المحيط البرهانى : « ولو قال : بعته فبلّغه يا فلان . فبلغه رجل آخر جاز ، لأنه حين قال فبلغه فقد أظهر من نفسه الرضا بالتبليغ وكل من بلغه كان التبليغ برضاه ، فإن قبل صح البيع[2] » .

(ح) الفسخ بخيار العيب : جاء فى تبيين الحقائق : « وفى خيار العيب لا يصح فسخه بغير علمه بالإجماع لأنه لا يثبت إلا بالقضاء[3] » .

(ط) فسخ عقد المضاربة : جاء فى البدائع : « يبطل عقد المضاربة بالفسخ وبالنهى عن التصرف ، لكن عند وجود شرط الفسخ والنهى وهو علم صاحبه بالفسخ والنهى[4] » .

(ى) فسخ الشركة : جاء فى البدائع : « وأجمعوا على أن فسخ أحد الشريكين الشركة . . . بغير علمه لا يصح[5] »[6].

§ ٣ — الحالات المختلف فيها

١٦٢ — استعرضنا فيما سبق التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة التى هى محل إجماع الفقهاء فى المذهب الحنفى ، ورأينا أيضاً المسوغات التى أيد بها هؤلاء الفقهاء تصنيف هذه التعبيرات فى هذا النوع أو ذاك . ونستعرض فيما يلى حالتين قام الخلاف حولها بين أبى يوسف من جهة وأبى حنيفة ومحمد من جهة أخرى

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ١١٣ ، س ٢٥ .
(٢) راجع ماسبق ، ف ٩٣ ، ص ٧٩ .
(٣) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨ .
(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص ١٢ ، س ٦ .
(٥) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٧٣ .
(٦) جاء فى م ١٣٥٣ من المجلة : « تنفسخ الشركة بفسخ أحد الشريكين لكن علم الآخر بفسخه شرط ، فلا تنفسخ الشركة مالم يكن فسخ أحدهما معلوماً للآخر . »

وهاتان الحالتان هما : الفسخ بخيار الشرط والوصاية [1] .

(ا) الفسخ بخيار الشرط

١٦٣ — اختلاف فقهاء المذهب الحنفى فى ضرورة الإعلام فى الفسخ بخيار الشرط . فقد ذهب أبو يوسف إلى انتفاء هذه الضرورة ، وتبعه فى ذلك الكمال بن همام . بينما ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى قيام هذه الضرورة [2] . ونستعرض فيما يلى أدلة نفاة الإعلام فى الفسخ ، واعتراض مثبتيه على هذه الأدلة .

١٦٠ — **أدلة نفاة الإعلام** : أولا : إن صاحب الخيار إذ يفسخ العقد إنما يمارس حقه على الخلوص شأنه فى ذلك شأن المطلِّق والمُرتجع والمجيز والمخيّرة ، فيجب إذن أن لا يتوقف فسخه على علم الطرف الآخر ، ويقول صاحب المبسوط فى هذا الصدد : « إن تصرف صاحب الخيار بالفسخ يلاقى خالص حقه ، فيكون نافذاً كالزوج إذا طلق امرأته ثم راجعها بغير علمها ، والمعتقة إذا اختارت نفسها بغير علم الزوج كان اختيارها صحيحاً وبيان الوصف ، أن الخيار خالص حق من له الخيار ، ولهذا لا يشترط رضا الآخر فى تصرف من له الخيار بحكم الخيار ، فكذلك لا يشترط حضوره [3] واعتبر الفسخ بالإجازة [4] » .

---

(١) ويلاحظ هنا أن الحالات الخلافية الأخرى كالإيجاب والقبول والرجوع عن الإيجاب فى التعاقد بين الحاضرين كانت محل خلاف المتأخرين من أتباع المذهب ، لا المتقدمين منهم كما هو الحال فى الفسخ بخيار الشرط والوصاية . ولقد سبق أن استعرضنا حجج مثبتى الإعلام المنشىء ونفاته فى الإيجاب والقبول عند بحثنا لتكوين العقود (راجع ماسبق، ف١٢٠ وماب ، ص ١١١ وماب) أما الرجوع عن الإيجاب فقد سكتت كتب الفقه عن ذكر أدلة مثبتى إعلامه ونفاته (راجع ماسبق ، ف١١٧ ، ص ١٠٨) .

(٢) يلاحظ هنا أن ضرورة الإعلام فى الفسخ بخيار الرؤية وفى البيع الفاسد كانت محلا لاختلاف الفقهاء شأنها فى ذلك شأن ضرورة الإعلام فى الفسخ بخيار الشرط فقد جاء فى البدائع (ج ٥ ، ص ٢٧٣) : « وأما خيار الرؤية فهو على هذا الاختلاف ذكره الكرخى » وجاء فى البدائع أيضاً (ج ٥ ، ص ٣٠١ ، س ١) : « وأما شرائط صحة الفسخ فهو أن يكون الفسخ بمحضر من صاحبه ، ذكره الكرخى ولم يذكر الإختلاف فيه وذكر القاضى الإمام الأسبيجابى رحمه الله فى شرحه مختصر الطحاوى أن هذا شرط عند أبى حنيفة ومحمد وعند أبى يوسف ليس بشرط وجعله على الإختلاف فى خيار الشرط والرؤية » .

(٣) أى علمه .

(٤) المبسوط ، ج ١٣ ، ص ٤٤ .

ثانياً : أن كل من سلِّط على عمل ما لا يتوقف عمله على علم المسلط ، ولما كان صاحب الخيار مسلَّط على الفسخ من قبل من ليس له الخيار ، ففسخه إذن لا يتوقف على علمه شأنه فى ذلك شأن الوكيل الذى سلط على التصرف بمال الموكل فإن نفاذ تصرفه لا يتوقف على علم الموكل . ويقول نفاة الإعلام فى هذا المعنى : « إن المشروط له الخيار مسلط على الفسخ من جهة صاحبه ، والمسلط على التصرف ينفذ تصرفه بغير محضر من المسلط كما ينفذ تصرف الوكيل بغير محضر من الموكل[(١)] و[(٢)] » .

ثالثاً : إن إلزام صاحب الخيار بممارسة الفسخ خلال ثلاثة أيام يستلزم إعفاء صاحب الخيار من إعلام الفسخ إلى من ليس له الخيار ، لأن هذا الأخير قد يقوم بتعطيل ممارسة الفاسخ لحقه فى الفسخ وذلك بأن يختفى خلال هذه الفترة المحددة فلا يقوم الفسخ لعدم تلقيه من الموجه إليه التعبير فيؤول ذلك إلى الإضرار بالراغب فى الفسخ لإلزامه بعقد لا يرضاه . جاء فى المبسوط : « إن الخيار شرط ليدفع به الضرر عن نفسه ، فلو لم يكن متمكناً من الفسخ بغير محضر من صاحبه يفوت قصده ، لأن الآخر يخفى شخصه حتى تمضى مدة الخيار فيلزمه العقد شاء أو أبى ، ولهذا سقط اعتبار رضاه ، فكذلك يسقط إعتبار حضوره . وهذا بخلاف خيار العيب فإنه غير موقت : فلو شرطنا حضور البائع فيه للفسخ لا يتضرر به المشترى من حيث سقوط خياره بمضى المدة ، ثم هناك المشترى غير مسلط على الفسخ ، وإنما له حق المطالبة بتسليمه الجزء الفائت ، فإذا تحقق عجز البائع عنه تمكن من الفسخ ، فلا يتحقق عجزه إلا بمحضر منه[(٣)] » .

رابعاً : إن الفسخ القولى يجب أن يكون تعبيراً ملقى كالفسخ الفعلى فكما أن هذا الأخير يتم بدون إعلامه إلى من ليس له الخيار فكذلك يجب أن يكون الأول .

---

(١) المرجع السابق .

(٢) ويقول صاحب العناية فى هذا المعنى : « إن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه ، وكل من هو كذلك لايتوقف فعله على علم صاحبه كالإجازة (العناية على الفتح ، جـ ٥ ، ص ١٢٠) » .

(٣) المبسوط ، المرجع السابق .

١٦٥ — **إعتراض مثبتى الإعلام** : لم تسلم أدلة نفاة الاعلام فى الفسخ بخيار الشرط من تجريح مثبتيه .

ونورد فيما يلى الإعتراضات التى فند بها هؤلاء أدلة أولئك :

أولا : يرى مثبتو الإعلام أن قياس الفسخ على الطلاق والرجعة وخيار المعتقة والإجازة الذى عول عليه نفاة الإعلام هو قياس مع الفارق ذلك لأن الفسخ — وخلافا للتصرفات المقيس عليها — يحمل معنى إلزام الموجه إليه التعبير والشأن فيما يحمل إلزاماً للغير عادة أن يكون معلوماً منه ويقول صاحب المبسوط فى هذا الصدد : « إن الفاسخ يلزم غيره حقاً فلا يبطل تصرفه فى حق ذلك الغير مالم يعلم به ، كالموكل إذا عزل الوكيل حال غيبته لا يثبت حكم العزل فى حقه ما لم يعلم به ، وبيان الوصف أن العقد ينعقد مع الخيار ، وبالفسخ ارتفع الانعقاد فى حق الآخر ، وحكم الفسخ ضد حكم العقد ، فعرفنا أنه بتصرفه يلزم غيره حقاً وتأثيره أنه لا يتمكن صاحبه من العمل بموجب الفسخ إذا لم يعلم به ، ولا يثبت حكم الخطاب فى حق المخاطب ما لم يعلم به كما فى خطاب الشرع[١] » .

وينفى صاحب المبسوط وجوه الشبه بين الفسخ وغيره من التعبيرات الملقاة فيقول : « وهذا [الفسخ] بخلاف الإجازة فإنه لايلزم البائع بإجازته وهو نظير الرضا بالعيب من المشترى فإنه يصح بغير علم البائع لأنه لايلزمه شىء ... وليس هذا [الفسخ] كالطلاق فإن الزوج بإيقاع الطلاق لا يلزمها شىء إنما يرفع الحل الثابت له وكذلك فى الرجعة لا يلزمها شىء لأن النكاح باق بعد الطلاق الرجعى على حاله[٢] »

ثانياً : إن المصدر الذى يخول صاحب حق الخيار حقه فى الفسخ ليس هو تسليط الطرف الآخر بدليل أن هذا الآخر لا يملك حق الفسخ فكيف يملك غيره مالا يملك ؟ .

وإنما المصدر هو العقد نفسه الذى غدا مسلوب اللزوم باقترانه بخيار الشرط .

---

(١) المبسوط ، المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .

وعلى ذلك فإن وجه الشبه ليس قائماً بين صاحب حق الخيار والوكيل الذى يتصرف دون إعلام موكله . وإنما الشبه قائم بين الفاسخ وأمثاله فى العقود غير اللازمة الذين لا يفسخون إلا بعلم الطرف الآخر . ويقول صاحب المبسوط فى هذا المعنى : « ولأن العقد بشرط الخيار يصير غير لازم فى حق من له الخيار فيلتحق بالعقود التى هى غير لازمة كالوكالات والشركات والمضاربات وهو لا يملك فسخ هذه العقود بغير علم من صاحبه ، وإن كان يملك فسخها بغير رضاصاحبه . وتقرير هذا الكلام من وجهين : أحدهما : أن تصرف المشروط له الخيار لا ينعقد فى حق صاحبه بتسليط إياه على ذلك وكيف يقال هو مسلط على الفسخ من صاحبه وصاحبه لا يملك الفسخ . ولكن إنما يتمكن من الفسخ لأن العقد غير لازم فى حقه ، وبانعدام صفة اللزوم يتمكن من الفسخ بغير رضا صاحبه ولكن إنما لا يتمكن من الفسخ بغير علمه كما فى الوكالات والشركات والمضاربات وهذا بخلاف الوكيل حيث يتصرف بغير علم الموكل ، لأن الوكيل مسلط على التصرف من جهة الموكل بتسليطه إياه على التصرف ... يوضحه أن اشتراط الخيار فى العقود التى هى غير لازمة كالوكالة والشركة والمضاربة لا يجوز ، ولو كان اشتراط الخيار ليتمكن به من الفسخ بغير علم صاحبه لصح فى هذه العقود ، لكونه محتاجا إليه ، فحيث لم يصح عرفنا أن موجب الخيار دفع صفة اللزوم[1] » .

ويقول صاحب العناية فى هذا المعنى : « ولا نسلم أنه مسلط من جهة صاحبه على الفسخ لأن التسليط على الفسخ ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع كالتمليك من غير المالك وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا وكونه لابد منه فى البياعات لأنه لا إلزام فيها[2] » .

ثالثاً : أما الضرر الذى قد يلحق صاحب الخيار من جراء اختفاء صاحبه فهو ضرر موهوم ذلك لأن « الظاهر إنه لا يختفى لأنه أمين حين أثبت الخيار لصاحبه» [3]

(١) المبسوط ، المرجع السابق .
(٢) العناية ، المرجع السابق .
(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

على أن صاحب الخيار يستطيع أن يتوقى مضار هذا الاختفاء وذلك بأن « يستوثق ، فيأخذ منه وكيلا ثقة إذا خاف الغيبة ، حتى إذا غاب يرده عليه[1] »

ويلاحظ هنا أن مثبتى الإعلام لم يجدوا ما يعترضون به على الحجة الأخيرة التى أدلى بها خصوم الإعلام والتى قاسوا بها الفسخ القولى على الفسخ الفعلى الذى لا يتوقف على الإعلام والذى هو محل اتفاق فقهاء المذهب جميعاً . وسنعود إلى هذه المسألة ثانية عند بحثنا لموقف التعبيرات الضمنية من الإعلام المنشىء[2] و[3]

(ب) الوصاية

١٦٦ — اختلف فقهاء المذهب الحنفى فى ضرورة الإعلام فى الوصاية فقد ذهب أبو يوسف إلى هذه الضرورة بينما ذهب أبو حنيفة ومحمد إلى انتفائها . ويلاحظ أن موقف هذين الفريقين من الإعلام هنا يغاير موقفهما من هذا الإعلام فى الفسخ بخيار الشرط . فبينما ذهب أبو يوسف إلى ضرورته هنا ذهب إلى انتفاء ضرورته هناك وإلى العكس من ذلك ذهب أبو حنيفة ومحمد . وسيبين من استعراض أدلة الفريقين فيما يلى ، أن مرد خلافهما يعود إلى اختلافهما فى نظرتهما إلى طبيعة الوصاية فالرأى الأول يذهب إلى أنها خلافه وما دامت كذلك فهى ليست تتوقف على علم الخلف شأنها فى ذلك شأن الخلافة الإجبارية فى الميراث حيث يصح تصرف الوارث بمال مورثه ولو لم يعلم بوفاته بينما يذهب الرأى الثانى إلى أن الوصاية نيابة ، فيجب أن لا تتم إلا بعلم النائب شأنها فى ذلك شأن النيابة حال الحياة . ونستعرض فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى المسوغات التى استند إليها كل فريق لدعم نظريته .

أدلة نفاة الإعلام فى الوصاية : جاء فى الأشباه والنظائر : « وليست الوكالة كالوصاية فإن الموصى له إذا باع من التركة قبل علمه بالوصاية والموت يصح لأنها خلافة

(١) المرجع السابق .

(٢) راجع ماسيأتى ، ف ١٦٨ .

(٣) ونشير هنا إلى أن مرشد الحيران أخذ برأى أبى حنيفة جاء فى المادة ٢٤٠ « لاينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار اذا فسخه من له الخيار فوراً أو فعلا فى المدة المعينة له ، ويشترط علم الآخر فى المدة فى الفسخ القولى لا الفعلى » .

كالوراثة وتصرف الوارث قبل علمه بالوراثة والموت يصح . وفائدة كونه وصاية عدم تمكنه من إخراج نفسه من الوصاية لعدم ملكه ذلك بعد القبول بخلاف الوكالة فإنها أمر ونهى فتعتبر بأوامر الشارع[1] » .

وجاء فى البدائع : « ليس التوكيل كالوصاية فإن من أوصى إلى رجل غائب أى جعله وصياً بعد موته ثم مات الموصى ثم إن الوصى باع شيئاً من تركة الميت قبل علمه بالوصاية والموت فإن بيعه جائز استحساناً . ويكون ذلك قبولا منه للوصاية حتى لا يملك إخراج نفسه منها والقياس أنه لا يجوز . والفرق أن الوصى خلف من الموصى قائم مقامه كالوارث يقوم مقام المورث . ولو باع الوارث تركة الميت بعد موته وهو لايعلم موته جاز بيعه، فكذا الوصي؛ بخلاف التوكيل لأنه أمر من الموكل وحكم الأمر لا يلزم إلا بعد العلم أو سببه على ما مر[2] » .

وجاء فى فتح القدير : « ووجه الفرق على الظاهر [بين الوصاية والوكالة] أن الوصاية خلافة فى التصرف عن الميت كالوارثة فلا تتوقف على العلم كالوكالة لإضافتها إلى ما بعد الموت فيتصرف كتصرف الوارث ، ولذا لو باع شيئاً ، ثم ظهر موت المورث ، ظهر نفاذه حين صدر . والوصاية استخلاف فى مضاف إلى ما بعد الموت أيضاً وهو زمان بطلان الإنابة ، فلا يتوقف على العلم كما فى تصرف الوارث . أما الوكالة فإنابة لقيام ولاية المنوب عنه ولهذا ينعزل الوكيل بالموت . . . فيتوقف على العلم ، وإذا وقفناه على العلم لا يفوت النظر لقدرة الموكل وفى الأول يفوت لعجز الموصى بالموت[3] » .

أدلة مثبتى الإعلام فى الوصاية : جاء فى العناية : « ومن أوصى إليه ولم يعلم بالوصاية حتى باع شيئاً من التركة، فهو وصى، وبيعه جائز وإذا وكل ولم يعلم بالوكالة حتي باع لم يجز بيعه وعن أبى يوسف أنه اعتبر الأول بالثانى لأن وصف الإنابة أى النيابة جامع فإن الوصاية إنابة بعد الموت والوكالة إنابة قبله . وكما لم يجز تصرف الوكيل قبل العلم ، لم يجز تصرف الوصى قبله[4] ».

(١) الأشباه والنظائر للحموى ، ج ٢ ، ص ١٨ .
(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ .
(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٥٢٦ .
(٤) العناية على الفتح ، المرجع السابق .

١٦٧ — **تقدير الآراء المتعارضة** : إننا نميل إلى الرأى القائل بضرورة الإعلام فى كل من الفسخ والوصاية لقوة مبناه. ونشير هنا إلى أن اعتبار الرأى المخالف تصرف الوصى بمال الموصى قبولا ضمنياً للوصاية، رغم جهله تعيينه ، لايخلو من النقد. ذلك لأن هذا التصرف ، فى نظرنا ، هو تعبير ضمنى أجوف خاو عن ركنه المعنوى؛ لأن إرادة صاحبه لم تتجه إلى قبول الوصاية ، ويتضح محذور افتراض هذه الإرادة إذا علمنا أن الشارع يحول بين الوصى وخروجه من الوصاية ، ولقد كان حرياً بالرأى المخالف أن يقيس تنفيذ الوصاية على تنفيذ الوكالة ، واعتبار هذا التنفيذ قبولا فى الحالات التى يكون فيها المنفذ عالماً بتعيينه المسبق .

المطلب الثالث

التعبيرات الضمنية والإعلام المنشىء

١٦٨ — رأينا سابقاً أن نفاة الإعلام المنشىء فى الفسخ بخيار الشرط قد استندوا فى دعواهم إلى قياس التعبير الصريح على التعبير الضمنى ، فكما أن التعبير الضمنى فى نظرهم لايتطلب الإعلام المنشىء لصحته ، فكذلك يجب أن يكون التعبير الصريح . ورأينا أيضاً أن مثبتى الإعلام المنشىء لم يشاءوا أن يستجيبوا إلى هذا القياس ، بل ذهبوا إلى التفرقة بين الفسخ الصريح والفسخ الضمنى ، وقرروا أن الفسخ الضمنى يكفيه أن يكون تعبيراً ملقى ، بينما الفسخ الصريح يتحتم أن يكون تعبيراً متلقى . ونتساءل الآن لِم وقف مثبتو الإعلام المنشىء فى الفسخ بخيار الشرط هذا الموقف المزدوج ؟ وهل كان الباعث على موقفهم هذا هو مجرد التحكم أم أن فى طبيعة التعبيرات الضمنية ما يجعلها تستعصى على تقبل شرائط التعبيرات المتلقاة ؟ الظاهر أن طبيعة التعبيرات الضمنية تستجيب إلى شرائط هذه التعبيرات ويدعم هذه الاستجابة الأدلة الثلاثة الآتية :

(١) إن الأحناف قد أوجبوا أن يكون عزل المضارب الضمنى تعبيراً متلقى .

(٢) إن الكاسانى تارة يعتبر عزل الوكيل الضمنى تعبيراً ملقى وحيناً يعتبره تعبيراً متلقى .

(٣) إن الكمال بن همام قد دعا إلى اعتبار كل من الفسخ الصريح والفسخ الضمنى تعبيراً متلقى . ونفصل فيما يلى هذه الأدلة الثلاثة :

١٦٩ — (١) **الإعلام المنشىء فى العزل الضمنى للمضارب** : اتفق الأحناف على وجوب التمييز بين عزل المضارب وعزل الوكيل فى حالة صدور هذا العزل بصورة ضمنية ، وقرروا أن العزل الضمنى يتحتم أن يكون تعبيراً متلقى فى حالة عزل المضارب بينما يكفى أن يكون تعبيراً ملقى فى حالة عزل الوكيل .

جاء فى الدر المختار : « فلا ينعزل [المضارب] إلا بالعلم بخلاف الوكيل حيث ينعزل فى الحكمى وإن لم يعلم ، كذا قالوا : فان قلت ما الفرق بينهما ؟ قلت : قد ذكروا أن الفرق بينهما أنه لا حق له بخلاف المضارب ، منح[١] » .

ويلاحظ هنا أن مبدأ العدالة هو الذى دعا الأحناف إلى الخروج عن أصلهم وإقرار الإعلام المنشىء فى حالة العزل الضمنى .

١٧٠ — (٢) **الإعلام المنشىء فى العزل الضمنى للوكيل** : يبدو أن الفقيه الكاسانى قد تردد عند بحثه لعزل الوكيل ، عندما يتم بصورة ضمنية ، بين اشتراط الإعلام المنشىء فى العزل الضمنى ، وعدم هذا الإشتراط . فهو تارة يعتبره تعبيراً متلقى ، وطوراً يعتبره تعبيراً ملقى . وننقل فيما يلى نصين عن البدائع الأول منهما يشير إلى اشتراط الإعلام فى العزل الضمنى والثانى ينفى فيه الكاسانى هذا الاشتراط مسايراً الرأى السائد فى الفقه الحنفى .

جاء فى البدائع : « ولو دفع إلى إنسان مالا ليقضى دينه ، فقضاه الموكل بنفسه ، ثم قضاه الوكيل ، فإن كان الوكيل لم يعلم بما فعله الموكل ، فلا ضمان على الوكيل ، ويرجع

---

(١) الدر المختار على حاشية ابن عابدين ، جـ٤ ، ص ٥١٠ .

الموكل على الطالب بما قبض من الوكيل ، وإن علم بأن الموكل قد قضاه بنفسه فهو ضامن لأن الموكل لما قضاه بنفسه، فقد عزل الوكيل **الا أن عزل الوكيل لا يصح الا بعد علمه به فإذا علم بفعل الموكل ، فقد علم بالعزل** ، فصار متعدياً فى الدفع ، فيلزمه الضمان. وإذا لم يعلم ، فلم يوجد منه التعدى ، فلا ضمان عليه[1] » .

وجاء فى البدائع أيضاً: « ثم من هذه الأشياء التى ذكرنا موت الموكل... تصرف الموكل بنفسه فيما وكل به قبل تصرف الوكيل...له أن يخرج بها الوكيل من الوكالة سوى العزل والنهى ، لا يفترق الحال فيها بين ما إذا علم الوكيل أو لم يعلم فى حق الخروج عن الوكالة لـكن تقع المفارقة بين البعض والبعض من وجه آخر وهو أن الموكل إذا باع العبد الموكل ببيعه بنفسه ولم يعلم به الوكيل ، فباعه الوكيل ، وقبض الثمن ، فهلك الثمن فى يده ، ومات العبد قبل التسليم إلى المشترى ، ورجع المشترى على الوكيل بالثمن ، رجع الوكيل على الموكل . وكذا لو دبره أو أعتقه .. ، وفيما إذا مات الموكل أو جن أو هلك العبد الذى وكل ببيعه ونحوه لا يرجع الوكيل والفرق أن الوكيل هناك وإن **صار معزولا بتصرف الموكل** ، لـكنه صار مغروراً من جهته، بترك إعلامه إياه، فصار كفيلا بما يلحقه من الضمان، فيرجع عليه بضمان الـكفالة ؛ إذ ضمان الغرور فى الحقيقة ضمان الـكفالة .. ومعنى الغرور لا يتقدر فى الموت[2] » .

وواضح من النصين السابقين أن الـكاسانى تارة يذهب إلى أن الوكيل لا ينعزل ضمناً إلا إذا علم بالعزل ، وحيناً يذهب إلى أنه ينعزل ضمناً بمجرد تصرف الوكيل . أما إعفاءه من الضمان فى حالة عدم إيذانه بواقعة العزل فى الحالة الثانية فليس سببه كون العزل الضمنى تعبيراً متلقى لم ينتج أثره فى حقه ، بل سببه تخلف الموكل عن قيامه بالتزام يرتبه الشرع فى ذمته وهو القيام بإيذان الوكيل بواقعة العزل الضمنى .

وواضح أن إيذان العزل هنا يختلف عن إعلام العزل فى حالة اعتباره تعبيراً متلقى لأن مضمون الإيذان هنا هو واقعة تمت قبل حدوثه[3] .

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٥ ، س ٢١ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٣٩ ، س ٢١ .
(٣) راجع ماسبق ، ف ٨٣ ، ص ٧١ .

١٧١ – (٣) قياس الفسخ الضمني على الفسخ الصريح : جاء في فتح القدير إبان اعتراض صاحبه على مثبتي الإعلام المنشيء في الفسخ بخيار الشرط الذين يميزون بين التعبيرات الصريحة والتعبيرات الضمنية ويقتصرون على اعتبار الأولى متلقاة دون الثانية. ما يشير إلى ضرورة التسوية بين التعبيرات الصريحة والتعبيرات الضمنية واعتبارها جميعا تعبيرات متلقاة .

قال الكمال بن همام : « وهذا الفسخ بالقول هو الذى الخلاف فى جوازه بغير علم الآخر، وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً .

وكان مقتضى النظر أن من قال بمنع الفسخ بغير علم صاحبه بالقول أن يقول به فيما هو فعل اختيارى ، لأنه كالقول من حيث هو اختيار يثبت به الانفساخ[١] » .

١٧٢ – تسويغ عدم ضرورة الإعلام في التعبيرات الضمنية: انتهينا مما سبق إلى أن طبيعة التعبيرات الضمنية قد تستجيب لشرائط التعبيرات المتلقاة ، ولولا ذلك لما أوجب الفقهاء الأحناف ضرورة الإعلام فى العزل الضمنى[٢] . إذا ثبت ذلك لنا أن نتساءل عن الباعث الذى حدا بالأحناف إلى التفرقة بين الفسخ الصريح والفسخ الضمنى ، واستلزام الإعلام فى الأول دون الثانى ، هل هو التحكم الذى كان موضع استهجان الكمال بن همام ، أم أن ثمة اعتباراً آخر حدا بهم إلى ذلك .

الظاهر من النصوص أن الفقهاء يسوغون هذه التفرقة بالإستناد إلى قاعدة معروفة فى الفقه الإسلامى مؤداها أن «الشيء قد يثبت حكما وإن كان يبطل قصداً » على

(١) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ١٢٢ .

(٢) ونورد فيما يلى بعض الأمثلة التى يضربها الفقهاء الغربيون عادة للتعبيرات الضمنية المتلقاة كتعبير القبول مثلا عند مايتم عن طريق إرسال البضاعة إلى الموجب (Cosack, P. 179 راجع دورما ص ٢٥٥) وكحالة الطالب الذى يعد صاحب أقرب فندق إلى المحطة بأنه سيبيت فى أمر نزوله لديه قبيل المساء ثم يرسل أمتعته إليه وكحالة الطبيب يعود مريضاً بناء على كتاب سبق أن أرسله المريض إليه يطلب فيه علاجه (زيتلمان ، ج ١ ، ص ١٣٣ . راجع دورما ص ٢٥٦) .
ويلاحظ أن كون القبول فى الأمثلة الثلاثة السابقة تعبيراً ضمنياً لم يمنع من تحقيقه لشرائط التعبير المتلقى .

أن هذا التسويغ فى رأينا ليس سوى تسويغ ظاهرى، وسيثبت لنا ذلك عند دراستنا لصلة الإعلام المنشىء بالشكلية، حيث سننتهى إلى أن الإعلام المنشىء هو ضرب من الشكلية وأن هذا ما يدعو الأحناف إلى الإقتصاد فى اشتراطه، وقصره على التعبيرات الصريحة دون الضمنية .

ونستعرض فيما يلي بعض النصوص الفقهية التى تشير إلى عدم ضرورة الإعلام فى كل من الفسخ بخيار الشرط، وعزل الوكيل، عندما يتمان عن طريق التعبير الضمنى .

(أ) الفسخ الفعلي في خيار الشرط :

جاء فى فتح القدير : « وأما الفسخ بالفعل فيجوز بغير علمه اتفاقاً . . . فإن كان الخيار للبائع، فهو أن يتصرف فى المبيع تصرف الملاك، كالعتق والبيع والوطء وجميع ماقدمنا أنه إجازة إذا صدر من المشترى من الأفعال فهو فسخ إذا صدر من البائع[1] » .

وجاء فى العناية : « وأما الفسخ فقد يكون حقيقة وقد يكون حكماً ... والثانى هو ما يكون بالفعل، كأن يتصرف البائع فى مدة الخيار تصرف الملاك، كما إذا أعتق المبيع أو باعه، أو كانت جارية فوطئها أو قبلها، أو أن يكون الثمن عيناً فتصرف المشترى فيه تصرف الملاك فيما إذا كان الخيار للمشترى فإن العقد ينفسخ سواء فى ذلك حضور الآخر وعدمه لأنه فسخ حكمى . والشىء قد يثبت حكماً وإن كان يبطل قصداً[2] » .

وجاء فى تبيين الحقائق : « ولا يشترط العلم فى الحكمى كعزل الوكيل والمضارب والشريك وحجر العبد المأذون له فى التجارة حكما[3] » .

وجاء فى جامع الفصولين : « فإن فسخ بفعل يجوز بلا علم الآخر وفاقاً وهو بأن

---

(١) فتح القدير، المرجع السابق .
(٢) العناية شرح الهداية، ج ٥، ص ١٢٠ .
(٣) تبيين الحقائق، ج ٤، ص ١٨ .

تصرف فى المبيع ببيع أو وطء ، فإن كان الخيار للبائع تضمن ذلك فسخ البيع ، ولو للمشترى فهو إجازة[1] » .

وجاء فى المبسوط : « ولو كانت جارية فأعتقها البائع أو دَبَّرَها أو وطأها أو قبّلها عن شهوة أو كاتبها أو رهنها وسلمها، أو وهبها وسلمها ، أو أجرها وسلم أو لم يسلم فهذا كله نقض للبيع . . . ثم فسخ البيع بهذه الأسباب صحيح بغير محضر من المشترى ؛ لأن ثبوت الفسخ بطريق الحكم لا بقصد التصرف إلى ذلك ، فلا يتوقف على العلم ، كالموكل إذا أعتق العبد الذى وكل ببيعه ينعزل الوكيل وإن لم يعلم بخلاف ما إذا عزله قصداً[2] » .

وجاء فى معين الحكام : « باع بخيار . . . لوفعل بالمبيع ما يدل على استيفاء الملك كوطء وقبلة ونظر إلى فرجها بشهوة كان فسخاً للبيع، علم به المشترى أولا ، والنظر إلى الفرج بلاشهوة لا يبطله ... باع داراً فيه ساكن بأجر ، وشرط الخيار للمشترى ورضى به الساكن فطلب المشترى الأجر من الساكن بطل خياره ولو اشترى داراً بخيار فدام على السكنى لا يبطل خياره ، ولو ابتدأ السكنى بطل خياره[4] »

(ب) عزل الوكيل ضمنا :

جاء فى الفتاوى الهندية : « ولو وكله أن يزوجه امرأة بعينها ثم إن الموكل تزوج تلك المرأة بنفسه، ثم طلقها ، ثم زوجها الوكيل إياه ، لم يجز[5] » « وَكَّلَ رجلا أن يطلق امرأته ، ثم طلق الموكل امرأته بائناً أو رجعياً وانقضت عدتها ، فطلقها الوكيل لا يقع[6] » .

---

(١) جامع الفصولين ، جـ ١ ، ص ٢٤٢ .

(٢ المبسوط ، جـ ١٣ ، ص ٤٧ ، س ١ .

(٣) معين الحكام للطرابلسى ، ص ١٩١ ، س ١ .

(٤) وجاء فى م ٢٤٠ من مرشد الحيران : « ينفسخ العقد المشروط فسخه بالخيار إذا فسخه من له الخيار قولا أو فعلا فى المدة المعينة له ويشترط علم الآخر فى المدة فى الفسخ القولى لا الفعلى » .

(٥) الفتاوى الهندية ، جـ ٣ ، ص ٦٣٦ .

(٦) المرجع السابق ، ص ٦٣٧ ، س ١ .

المطلب الرابع

الإعلام المنشيء والشكلية

§ ١ — هل الإعلام المنشيء هو ضرب من ضروب الشكلية ؟

١٧٣ — للإجابة عن هذا السؤال يترتب علينا أن نرجع إلى المعيار الذى يجب أن يتحقق فى تنظيم ما لـكى يوصف بأنه شكلى . ولقد ذهب الرأى السائد فى الفقه الغربى[1] إلى أن هذا المعيار قوامه أمران : (١) تقييد إرادة صاحب التعبير فى اختياره للطريقة التى يعبر بها عن إرادته . (٢) تأييد الشكلية المطلوبة ببطلان التصرف الشكلى الذى يخلو منها .

ونحن إذا ما رجعنا إلى أحكام الإعلام المنشيء فى الفقه الإسلامى نراها تستظل بهذا المعيار الذى انتهى الفقهاء إلى أنه فيصل التفرقة بين ما هو شكلى وغير شكلى بدليل أن التعبير المتلق فى الفقه الإسلامى ، شأنه فى ذلك شأن التعبير المتلق فى الفقه الغربى ، يتطلب أن تصل الإرادة من حيث الـكم إلى درجة معينة لا يكون التصرف قائماً إذا لم يبلغها ، وهذا تطلب يفضى ولا شك إلى تقييد إرادة صاحب التعبير[2] وبناء

---

(١) هناك رأيان فى الفقه الغربى فى صدد الشكلية رأى مضيق يرى أن لاشكلية إلا إذا كان ثمة شكل معين يجب التقيد به ، وآخر موسع يرى بأننا نكون أمام شكلية فى كل حالة يكون لصاحب التعبير حرية اختيار الوسيلة التى يحقق بها الشكل المطلوب . وقد قال بالرأى الأولى Endemann، وهو يرى أن تصرفاً ماهو شكلى عندما يفرض على التعبير عنه شكل معين ، و Isay وهو يرى أن الشكلية هى مسلك وحيد يجب اتخاذه لإظهار الإرادة إظهاراً صحيحاً ، و Barassi ومؤداها عنده أن إرادة ما لاتعتبر إلا إذا ظهرت فى مسلك خارجى معين ، و Ihering وهو يرى أن الشكلية تقتضى أن يكون هناك تنظيم وضعى يفرض شكلاً معيناً على التعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه . أما الرأى الثانى فقد قال به Durma وهو يرى بأن الشكلية ليست تحول دون اختيار صاحب التصرف الشكلى الوسيلة التى يحقق بها الشكل المطلوب (راجع دورما ف ١٧٤ ص ١٨٩ — ص ١٩٠) .

(٢) راجع دورما ، المرجع السابق

De même, avec la notification nécessaire, une certaine liberté de choix est laissée au déclarant, mais une limitation est néanmoins imposée à son autonomie : le moyen choisi devra être tel que sa déclaration arrive chez le destinataire.

على ما تقدم نجيز لأنفسنا أن نصف الإعلام المنشيء بأنه مظهر من مظاهر الشكلية على أننا يجب أن نعترف هنا بأن شكلية الإعلام المنشئ في الفقه الإسلامى هى أكثر تهذيباً منها فى الفقه الغربى . وهذه السمة الخاصة لشكلية الإعلام المنشيء فى الفقه الإسلامى تجد تسويغها فى الطابع الرضائى العملى لهذا الفقه . أما مظاهرها فتبدو فى أمور ثلاث نستعرضها فيما يلى :

(١) إن الفقه الإسلامى قد أجاز أحياناً حصول الإعلام المنشيء عن طريق الفضولى الأمر الذى يستخلص منه أن هذا الفقه قد قنع بمجرد حصول العلم عند الموجه إليه التعبير ولم يحتم توجيهه إليه عن طريق الرسالة أو الكتاب[١] .

(٢) أجاز الفقه الإسلامى أن يتم التعبير المتلقى — فى حالتى تعيين الوكيل وإذن العبد — بمجرد وصوله إلى علم من يتعاقد مع المخاطَب المنشيء للتعبير المتلقى ، وفى هذا خروج عن القاعدة الشكلية التى تقضى بأن التعبير المتلقى لا يقوم إلا إذا وصل إلى علم المخاطَب المنشيء للتعبير نفسه ، أو على التعيين كما يقول الفقيه الكاسانى[٢] .

(٣) أقر الفقه الإسلامى كقاعدة عامة أن التعبيرات الضمنية هى دوماً ملقاة ، وفى هذا تخفيف من حدة شكلية الإعلام المنشيء ، وفسح المجال للأفراد للتملص من هذا القيد المفروض على إرادتهم .

ويلاحظ أخيراً أن شكلية الإعلام المنشيء هى التى آلت به إلى أن يكون استثناء وأن يكون انتفا ضرورته هى القاعدة أو بعبارة أخرى إن مؤدى هذه الشكلية يقضى بأن يكون التعبير الملقى هو الأصل والتعبير المتلقى هو الإستثناء .

§ ٢ — الإرادة الخاصة والإعلام المنشيء

١٧٤ — ونتساءل هنا هل للإرادة الخاصة أن تتنازل عن الإعلام المنشئ الذى يفرضه الشارع ؟ وهل لها من جهة أخرى أن تتطلب هذا الإعلام عند ما لا يتطلبه الشارع ؟

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٩٥ ، ص ٨٥ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ . وانظر ما سبق ، ف ١٠٦ ، ص ٩٣ .

١٧٥ — (أ) **التنازل عن الإعلام المنشىء** : ليس لصاحب التعبير أن يتنازل عن الإعلام المنشىء ذلك لأنه ليس للأفراد أن ينقصوا بإرادتهم الخاصة حماية الغير فليس يحق للموكل مثلا أن يقرر أن عزله للوكيل يتم بمجرد العزل لا بعلم الوكيل . وكذلك ليس للموجه إليه التعبير أيضاً أن يتنازل عن الإعلام المنشىء ذلك لأن الإعلام يتطلبه الشارع لمصلحة المخاطِب والمخاطَب معاً بدليل أن الشارع لا يعتبر إرادة صاحب التعبير ملزمة إلا عند علم الموجه إليه التعبير ، وقبل هذا العلم لصاحب التعبير أن يرجع عن تعبيره . فليس للموجه إليه التعبير إذن أن يحرمه من هذا الحق بمجرد تنازله . ونتساءل هنا ألاطرفين أن يتنازلا عن الإعلام المنشىء باتفاقهما المشترك كأن يتفق الموكل مع الوكيل مثلا على أن يعتبر هذا الأخير معزولا بمجرد العزل وبدون علم الوكيل . إن الإجابة عن هذا السؤال مرتبطة بموقف المذاهب من صحة الشروط المقترنة بالعقد .

١٧٦ — (ب) **الإعلام الذى تتطلبه الإرادة الخاصة** : لنتصور حالة لا يتطلب الشارع فيها إعلاماً منشئاً كفسخ المستأجر لعقد الإيجار مثلا الذى لا يتطلب الشارع إعلامه إلى المؤجر بل يكتفى بمجرد صدور التعبير . أفتستطيع الإرادة الخاصة هنا أن تتطلب الإعلام كعنصر منشىء فى الفسخ . إن الجواب عن هذه المسألة مرتبط أيضاً بموقف الفقهاء من الشروط المقترنة بالعقد وفى هذا الفرض الذى مثلنا له بفسخ المستأجر لعقد الإيجار نجد فى المذهب الحنفى قولين قول يذهب إلى صحة هذا الإشتراط باعتباره من مقتضى العقد . وقول يذهب إلى فساد العقد المقترن بهذا الشرط لأنه شرط لا يقتضيه العقد. جاء فى جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر لم يجز لإبطال حقه ، ولو فسخ المستأجر بغيبة المؤجر جاز ، إذ أبطل حق نفسه ... فلو شرط فى العقد أن لا يفسخ أحدهما إلا بحضرة الآخر قيل يفسد العقد ، إذ شرط مالا يقتضيه العقد ، وقيل لا ، إذ يقتضيه العقد[1] » .

على أن صاحب التعبير فى التصرفات الآحادية التى يصح تعليقها بالشرط يستطيع

---

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، س ٩ .

أن يخضع تعبيره للإعلام المنشىء فى الحالات التى لا يتطلب فيها الشارع هذا الإعلام كما فى حالة الطلاق . ويسوغ هذا الجواز أن لصاحب التعبير أن لا يصدر تعبيره أصلا ، فإذا ما أعلن عن تعبيره ، فهو حر فى إظهاره حسب مشيئته ، وأن لا يعتبره تاماً إلا بعد إعلامه إلى صاحب العلاقة . ونورد فيما يلى نصوصاً فقهية تشير إلى جواز فرض الإعلام المنشىء وتحويل التعبير من ثم من ملق إلى متلق .

جاء فى البدائع : « ثم إن كتب على الوجه المرسوم ولم يعلقه بشرط ، بأن كتب « أما بعد يا فلانة فأنت طالق » وقع الطلاق عقب كتابة لفظ الطلاق بلا فصل ، لما ذكرنا أن كتابة قوله « أنت طالق » على طريق المخاطبة بمنزلة التلفظ بها ، وإن علقه بشرط الوصول ، فلا يقع قبله ، كما لو علقه بشرط آخر[1] » .

وكما أن لصاحب التعبير أن يفرض الإعلام المنشىء على التعبيرات الملقاة فله أيضاً أن يزيد وطأة الإعلام المنشىء فى التعبيرات المتلقاة بأن يشترط مثلا قراءة الموجه إليه التعبير لكتابه ، أو وصوله إليه ، لا مجرد علمه بمضمونه . جاء فى الفتاوى الهندية : « فأما إذا حصل العزل معلقاً بشرط وصول الكتاب إليه ، لا ينعزل مالم يصل إليه الكتاب ، علم العزل قبل وصول الكتاب إليه ، أولم يعلم ، كذا فى التتارخانية[2] » .

المطلب الخامس

هل الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

١٧٧ — ثمة معياران يتسنى بوساطتهما تقرير ضرورة الإعلام فى تعبير ما . أحدهما طبيعى ، والآخر شرعى . أما المعيار الطبيعى فيرى أن ضرورة الإعلام يجب أن تقررها طبائع الأشياء . بينما يرى المعيار الشرعى أن ضرورة الإعلام يجب أن يكون الحاكم فيها لا طبائع الأشياء ، بل سلطان الشرع وإيجابه . وبالإستناد إلى هذا المعيار

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٩ ، س ١١ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣١٧ . وجاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى (ص ٣٥٩ ، س ١٦) : وإن كتب إليه « إن أتاك كتابى فأنت معزول » لم ينعزل قبل أن يصل إليه الكتاب قطعاً قاضياً كان أو وكيلاً ، وكذا فى الطلاق . وإن كتب « إذا قرأت كتابى فأنت معزول ، أو طالق » لم يحصل العزل والطلاق بمجرد البلوغ بل بالقراءة » .

الأخير يجب أن يعول على ماجاء فى الكتب المعتبرة فى المذهب. فما نصت هذه الكتب على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات وجب أن يكون تعبيراً متلقى ، ومالم تنص على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات وجب أن يكون تعبيراً ملقى . ولئن كان التعويل على المعيار الشرعى يفسح المجال لتقرير ما إذا كان الإعلام المنشىء هو القاعدة أم الاستثناء فليس المعيار الطبيعى بمفض إلى تقرير أصالة الإعلام المنشىء أو استثنائيته . إن كل ما يهم المعيار الطبيعى هو أن يقرر أن أوصافاً معينة ، إذا توافرت فى تعبيرٍ ما ، يجب أن تستلزم حتما توافر الإعلام المنشىء فيه . إن القاعدة فى ظل هذا المعيار الطبيعى هى استلزام الإعلام المنشىء فى كل حالة تتوافر فيها هذه الصفات واستبعاد هذا الإعلام فى كل حالة يتخلف فيها توافر هـــذه الصفات . فتطلب الإعلام المنشىء ، كما ترى ، هو كعدم تطلبه قد يكون قاعدة وقد يكون استثناء .

§ ١ — المعيار الطبيعى

١٧٨ — هل يوجد فى المذهب الحنفى معيار طبيعى للتفرقة بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ؟. وبعبارة أخرى هل هناك صفات معينة أجمع الفقهاء على أنها إذا توافرت فى تعبير ما كان تعبيراً متلقى ، وإذا تخلفت فى تعبير ما ، كان تعبيراً ملقى. إن معرفة هذا المعيار تتيح لنا آنذاك أن نحدد نوعية التعبيرات التى لا نص على ضرورة الإعلام فيها. فإذا ما توافرت هذه الصفات فى هذه التعبيرات موضوع البحث عملنا على إدارجها فى زمرة التعبيرات المتلقاة دون أن نجهد أنفسنا بالرجوع إلى الكتب المعتبرة فى المذهب كى نبحث عما إذا كان ثمة نص يشير إلى ضرورة الإعلام المنشىء فى هذه التعبيرات أو انتفاء هذه الضرورة. إن نظرة واحدة نلقيها على المسوغات التى دعم بها الفقهاء ضرورة الإعلام فى التعبيرات المتلقاة تنتهى بنا إلى أن إيجاد مسوغ وحيد للإعلام ، وبالتالى معيار طبيعى وحيد هو أمر عزيز المنال ذلك لأن هذا الإختلاف فى التسويغ يحتمه فى الواقع تغاير كامن فى طبائع التعبيرات . ولعله من المفيد أن نستعرض هنا محاولتين قام بهما فقيهان من فقهاء الأحناف إحداهما ، لأبى يوسف حاول أن يضع فيها معياراً طبيعياً للتعبيرات الملقاة . والثانية ، لأكمل الدين البابرتى حاول أن يضع فيها معياراً طبيعياً للتعبيرات المتلقاة . ثم نبحث عما إذا كان من الميسور استخلاص ضوابط

أخرى من مسوغات الفقهاء تستند إلى هدف التعبير أو طبيعة الحق الذى يمارسه صاحب التعبير .

(ا) كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم

١٧٩ — ذهب أبو يوسف إلى أن كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم وبهذا الرأى قال الشافعية [١] والحنابلة [٢] . وهذا الضابط الذى وضعه أبو يوسف للتعبيرات الملقاة هو الذى دعاه إلى اعتبار الفسخ بخيار الشرط تعبيراً ملقى [٣] مخالفاً فى ذلك أبا حنيفة ومحمد اللذين اعتبراه تعبيراً متلقى كما مر ويلاحظ هنا أن المفهوم المخالف لهذه النظرية — أى نظرية العكس — يقتضى القول بأن كل ما يحتاج إلى الرضا يحتاج إلى العلم [٤] .

١٨٠ — *تقدير هذا المعيار* : لسنا نستطيع أن نقبل هذا المعيار لعدة أسباب :

(١) لأن صاحبه نفسه لم يلتزم نتائجه ، ذلك لأن ظاهر النصوص الفقهية يشير إلى أن أبا يوسف يعتبر عزل الوكيل تعبيراً متلقى مع أنه فى الوقت نفسه لا يحتاج إلى رضا الوكيل فكيف احتاج إلى علمه إذن ، والمعيار يقول: إن ما لا يحتاج إلى الرضا لا يحتاج إلى العلم ؟

(٢) إن الفقه الحنفى لم يسلم بصحة هذا المعيار، بل اعتبره معياراً غير جامع للتعبيرات الملقاة [٥] بدليل أن ثمة تعبيرات تحتاج إلى الإعلام رغم عدم احتياجها للرضا كالفسخ

---

(١) راجع ماسيأتى ، ف ١٩٥ .

(٢) راجع ماسيأتى ، ف ١٩٧ .

(٣) وجه صاحب العناية رأى أبى يوسف فى نفيه للاعلام فى الفسخ بخيار الشرط بقوله (ج ٥ ، ص ١٢٠) « وإن كان الفسخ بغير علمه يجوز ... ووضح ذلك بعدم اشتراط الرضا » . ووجه الزيلعى رأى أبى يوسف فى نفيه للاعلام فى الإجازة بقوله : « وكالإجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها فلهذا لا يشترط رضاه (تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ١٨) » .

(٤) وقد أخذ بنظرية العكس منلاخسرو حيث علل ضرورة الإعلام فى التعاقد ما بين حاضرين بالتراضى ، راجع ماسبق ف ١٢٣ ، ص ١١٤

(٥) المعيار فى الأصل يجب أن يكون جامعاً مانعاً . ومعنى كونه جامعاً أن يشمل جميع أفراد الشيء الذى وضع المعيار لتمييزه ، فلا يخرج عنه مايجب أن يتناوله . ومعنى كونه مانعاً أن تكون قيود المعيار وحدوده مميزة للأشياء التى وضع المعيار لتمييزها عن غيرها تمييزاً تاماً فيخرج عنه كل ماليس من أفراده . فإذا كان المعيار لا ينتظم بعض أفراده كان غير جامع ، وإذا كان ينتظم غير فراده كان غير مانع . وإذا كان يخرج بعض أفراده ويدخل غيرها كان غير جامع ولا مانع .

بخيار الشرط وهذا ما دعا الفقيه الحنفي أكمل الدين البابرتى إلى التعريض بهذا المعيار بقوله : « وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم ، لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا وكونه لا بد منه فى البياعات لأنه لا إلزام فيها[1] » .

(٣) إن فريقاً من الفقهاء الأحناف لم يسلم بنظرية العكس التى تستخلص من هذا المعيار ومؤداها كما رأينا «أنما يحتاج إلى الرضا يحتاج إلى العلم» بدليل أن شريطة الإعلام المنشىء فى الإيجاب ، وهو كما هو واضح يحتاج إلى رضا القابل ، لم تكن موضع اتفاق الفقهاء فلقد رأينا سابقاً كيف عارض هذه الشريطة كل من النسفى والمرغينانى وابن الكمال باشا ورأينا أيضاً كيف نفى الرحمتى وجود أية صلة بين الرضا والإعلام المنشىء[2] .

ننتهى مما تقدم إلى أن معيار أبى يوسف لا يصلح ضابطاً طبيعياً للتمييز بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ولننتقل الآن إلى استعراض محاولة أخرى قام بها الفقيه أكمل الدين البابرتى للوصول إلى هذا الغرض .

(ب) إن مبنى الإلزام على العلم

١٨١ — سبق أن أشرنا إلى أن المعيار الطبيعى الذى وضعه أبو يوسف لم يرق لأكمل الدين البابرتى وأن هذا الأخير قد رفضه مشيراً إلى انفكاك التلازم بين عدم اشتراط الرضا وعدم اشتراط العلم وتوافر هذا التلازم بين اشتراط الإعلام وإلزامية التعبير الواجب الإعلام للموجه إليه التعبير وذلك حيث يقول : « وعدم اشتراط الرضا لا يستلزم عدم اشتراط العلم لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضا » .

١٨٢ — *تقدير هذا المعيار* : يبدو أن هذا المعيار الجديد لم يكن فى دوره موضع قبول الفقهاء الأحناف .

ولقد كان الباعث لهم على رفضه وجود تعبيرات لم يمنع إلزامها للموجه إليه التعبير من استغنائها عن الإعلام المنشىء واعتبارها تعبيرات ملقاة « كالطلاق والعتاق

---

(١) العناية شرح الهداية على الفتح ، جـ ٥ ، ص ١٢٠ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٥ و ف ١٢٦ .

والعفو عن القصاص يلزم فيها فى حق غير الفاعل إلزام . . . والزوج ينفرد بالرجعة وحكمها يلزم المرأة . . . واختيار المخيرة ينفذ على زوجها وفيه إلزام حكم الإختيار . . . واختيار المالك رفع عقد الفضولى يلزم العاقدين . . والطلاق يلزم العدة على المرأة » .

وقد رد البابرتى على هذه الاعتراضات رداً لا يخلو من التكلف مع اعترافه صراحة بوجود الإلزام فى الرجعة والتخيير والطلاق . من ذلك قوله : إن الرجعة ملزمة للمرأة بيد أن هذا الإلزام « ليس فيه ضرر لأن النكاح من عوالى النعم فاستدامته بالرجعة لا تكون ضرراً » ومنها قوله « إن التخيير ملزم للرجل بيد أن هذا الإلزام لا ضرر فيه فإن الإيجاب قد حصل منه ولو رأى ضرراً ما أقدم عليه ، أو لأنه غير زائد على موجب التخيير » ومنها قوله « إن الطلاق ملزم بيد أنه لاضرر فى العدة أو لكونه بإيجاب الشرع نصاً » .

ونحن نرى أن كون الإلزام مصدره الشرع فى العدة لاينفى عن الطلاق كونه شرطاً لحصول هذا الإلزام فمقتضى منطق المعيار الذى وضعه البابرتى أن تعلم المرأة بالطلاق الملزم لها كى تترتب آثاره فى حقها وسنرى أن ابن حزم قد ذهب إلى اشتراط هذا الإعلام [1] .

أما ذهاب البابرتى إلى أن الرجعة لا ضرر فيها فهو محل نظر ، ذلك لأن المرأة إذا ما انتهت العدة، دون أن تعلم بالرجعة ، قد تتزوج زوجاً آخر ، فإذا ما ظهر بعد ذلك أن زوجها السابق قد ارتجعها، تحتم نقض هذا الزواج الجديد. وغير خاف ما يترتب على هذا النقض من ضرر بيّن بالزوجة وبالزوج اللاحق . وسنرى أن هذا الضرر قد دعا ابن حزم إلى اعتبار الرجعة تعبيراً متلقى[2].

نستخلص مما تقدم أن الضابط الذى وضعه البابرتى للتعبيرات المتلقاة هو غير جامع بدليل وجود تعبيرات ملزمة أجمع الفقهاء على أنها ليست متلقاة. ويعيب هذا الضابط أيضاً كونه غير مانع، بدليل وجود تعبيرات متلقاة ليست ملزمة كما فى تعبيرى الإيجاب لغائب وتفويض المرأة بتطليق نفسها اللذين أجمع الفقهاء على اعتبارهما تعبيرين متلقيين رغم عدم إلزامهما الموجه إليه التعبير .

---

(١) راجع ما سيأتى ف ٢٠١ و ف ٢٠٢ .

(٢) راجع ما سيأتى ف ٢٠٣ .

ونتساءل الآن ماهو المعيار الذى يستند إليه الإعلام المنشىء إذن فى هذين التعبيرين ما دام معيار الإلزام لم يصلح أساساً لضرورة الإعلام فيهما ؟ إن هذا المعيار قد يتسنى إيجاده فى الصفة الإستحثاثية لهذين التعبيرين فلننتقل إذن إلى بحث علاقة الصفة الإستحثائية فى التعبيرات بضرورة إعلامها إلى الموجه إليه التعبير .

(حـ) إعلام التعبير وصفته الإستحثائية

١٨٣ — انتهينا مماسبق إلى أن معيارى الرضا والإلزام هما قاصران عن تعليل الإعلام المنشىء فى كل التعبيرات المتلقاة فهل لنا أن نجد معياراً آخر يتصف بالشمول والعموم المطلوبين .

إذا استقرأنا التعبيرات المتلقاة فى الفقه الحنفى نجد أن صفة استحثاث الموجه إليه التعبير هى صفة ملازمة لأكثرها وهذا الاستحثاث قد يتجلى فى دعوة المخاطَب بالتعبير إلى القيام بعمل على سبيل الإلزام كما فى فسخ الشركة والفسخ بخيار العيب . وقد يتجلى فى دعوة المخاطَب بالتعبير إلى القيام بعمل على سبيل التخيير كما فى تعيين الوكيل ، وتفويض المرأة بتطليق نفسها . وأخيراً قد يتجلى هذا الإستحثاث فى دعوة المخاطَب بالتعبير إلى الإمتناع عن عمل كما فى عزل الوكيل ونهى المضارب وحجر المأذون . ويؤكد علاقة الصفة الإستحثائية بتطلب الإعلام فى التعبيرات المتلقاة ما ورد فى تسويغات الفقهاء لضرورة الإعلام المنشىء فى هذه التعبيرات فقد علل الكاسانى الإعلام المنشىء فى تعيين الوكيل بقوله « لأن حكم الآمر لا يلزم إلا بعد العلم بالمأمور به[1] » وعلله الحموى أيضاً بقوله : « لأنها أمر فتعتبر بأوامر الشرع وأنه لا يلزم بلا علم[2]» وعلل الكاسانى ضرورة الإعلام فى تفويض المرأة بتطليق نفسها بقوله «لأن معنى صيرورة الأمر بيدها فى الطلاق هو ثبوت الخيار لها ... وهذا لا يتحقق إلا بعد العلم بالتخيير[3] » .

ويبين من هذا التعليل الأخير بشكل واضح أن الصفة الإستحثائية فى التفويض

(١) البدائع ، ج ٦ ، ص ٢٠ .
(٢) الأشباه والنظائر ، ج ٢ ، ص ١٨ .
(٣) البدائع ج ، ٣ ، ص ١١٣ ، س ٢٥ .

هى التى استلزمت ضرورة الإعلام فيه[1] فكأن الكاسانى يريد أن يقول إن اعتبار التخيير تعبيراً ملق واعتباره تاماً قبل علم المرأة يجعل التخيير لا معنى له . ذلك لأن التخيير لا يحقق غايته ، وهى دعوة المرأة إلى اختيار نفسها أو زوجها — قبل وصوله إلى المخاطَبة به[2] .

١٨٤ — تقدير هذا المعيار : أفنستطيع أن نقول بعدما تقدم أن كل تعبير يحمل طابع استحثاث الموجه إليه التعبير ويستدعى رد فعل منه يجب أن يكون تعبيراً متلقى . وإن كل تعبير لا يحمل هذا الطابع ولا يستدعى رد الفعل يجب أن يكون تعبيراً ملق فتكون صفة استحثاث الموجه إليه التعبير واستثارته هى المعيار الطبيعى للتفرقة بين مايجب أن يتوافر فيه الإعلام المنشىء وما لايجب أن يتوافر فيه ؟

يبدو أن الجواب لن يكون إيجابياً بدليل أن ثمة تعبيرات تستدعى رد فعل من الموجه إليه التعبير ومع ذلك فالرأى السائد فى الفقه الإسلامى على أنها تعبيرات ملقاة لا متلقاة وذلك كالطلاق مثلا إن هذا التعبير يحمل فى الواقع معنى استحثاث المخاطبة به على البدء بالعدة ومع ذلك فالفقه الإسلامى يعتبره ملق لا متلق الأمر الذى يدعو إلى انخرام المعيار ورفضه من ثم على اعتبار أنه معيار غير جامع[3]

(د) إن تصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير

١٨٥ — انتهينا من دراسة المعيار السابق الى أن استخلاص معيار كلى للتمييز بين التعبيرات على أساس الغرض الذى تنشده هو أمر متعذر ونتساءل الآن هل لنا

---

(١) ولعل هذا التعليل الذى أعطاه الكاسانى لضرورة الإعلام فى التفويض يصلح أساساً لتعليل ضرورة الإعلام فى الإيجاب لغائب فى الفقه الإسلامى ذلك لأننا نستطيع أن نقول فى الإيجاب وعلى غرار ما ذكره الكاسانى فى التفويض : إن معنى الإيجاب لشخص هو ثبوت الخيار له بين القبول أو الرفض وهذا لايتحقق إلا بعد العلم بالإيجاب .

(٢) وفى نطاق القانون العام نجد الفقهاء يذكرون بوضوح أن ضرورة الإعلام فى التنفيل تستند إلى فكرة استحثاث المقاتلين وتحريضهم جاء فى ابن عابدين (ج ٣ ، ص ٣٣١) : « لأن المقصود (بالتنفيل) التحريض ولا يحصل إذا لم يسمعه أحد منهم » .

(٣) قال بهذا المعيار الفقيه الإيطالى Barassi راجع ص ٢٠١ — ص ٢٥٠ من كتابه :

Notificazione necessaria nelle dichiarazioni strajudicali Società editrice libraria, Milano, 1906.

أن نجد معياراً لهذا التمييز على أساس طبيعة الحق الذى يمارسه صاحب التعبير ؟ إن استقراء المسوغات التى أدلى بها الفقهاء لدعم انتفاء ضرورة الإعلام فى التعبيرات الملقاة قد يوحى بإمكانية وجود هذا المعيار . فقد جاء فى العناية : « ولو لم يعلمها صحت الرجعة ، لأنها استدامة للقائم ، وليست بإنشاء ، فكان الزوج فى خالص حقه ، وتصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير[1] . »

وجاء فى البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت ، لأن الرجعة حقه على الخلوص لكونه تصرفاً فى ملكه بالإستيفاء والإستدامة ، فلا يشترط فيه إعلام الغير كالإجازة فى الخيار[2] » .

وجاء فى فتح القدير : « ومنها الطلاق والعتاق والعفو عن القصاص . . . فإنها إسقاطات لايلزم بها شىء من أسقط عنه فلا يتوقف على علمه[3] . » وجاء فى المحيط للسرخسى : « ولو سلم الشفعة بعد البيع ، قبل العلم بالشراء ، بطلت شفعته ، وإن لم يكن المشترى حاضراً ، لأنه إسقاط حق بدليل أنه يصح من غير قبول . ولا يرتد بالرد . فلا يشترط لصحته العلم كالإبراء عن الديون ، وكالعتاق[4] . »

ولعل الباعث الذى حدا بالأحناف إلى تقرير انتفاء ضرورة الإعلام فى هذه التعبيرات الملقاة أن المخاطَبين بآثارها الشرعية ليس لهم حق يعول عليه فى تقييد سلطان صاحب التعبير . ذلك لأن هؤلاء المخاطَبين يتلقون بصورة سلبية نتائج إرادة صاحب الحق المطلق . ففى الرجعة مثلا تتحمل الزوجة بصورة سلبية نتائج الرجعة التى يمارسها الزوج وفق سلطانه المطلق وإننا لنجد هذا التقبل السلبى لنتائج التعبير فى كل التعبيرات الملقاه الأخرى التى يمارس فيها أصحابها خالص حقوقهم كالطلاق والإبراء والعتاق والتنازل عن الشفعة والعفو عن القصاص .

---

(١) العناية على الفتح ، ج ٣ ، ص ١٦٣ .
(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٣٨ ، س ٦ .
(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، س ١٢٢ .
(٤) المحيط للسرخسى ، ج ٧ ، ص ٢٤٦ ، س ٢١ (مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

١٨٦ — **تقدير هذا المعيار** : لسنا نستطيع أن نجعل من هذا المسوغ الذى أعطاه الفقهاء لتعليل انتفاء ضرورة الإعلام فى بعض التعبيرات الملقاة معياراً كلياً يصلح للتمييز بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ، ذلك لأن ثمة تعبيرات اعتبرها الرأى السائد فى الفقه الحنفى تعبيرات متلقاة ، رغم عدم افتقارها لمعونة الموجه إليه التعبير لقيامها كالفسخ بخيار الشرط . أضف إلى ذلك أن الخط الذى يفصل بين التعبيرات التى يمارس فيها صاحبها حقه على الخلوص ، وما لا يمارس فيها صاحبها خالص حقه ، هو خط غير بيِّن . يؤيد ذلك الخلاف القائم بين الأحناف والشافعية حول ضرورة الإعلام فى عزل الوكيل . فبينما يعتبر الشافعية عزل الموكل لوكيله ممارسة لخالص حقه ، ويعتبرون العزل تبعاً لذلك يعتبراً ملق . يذهب الأحناف إلى أن هذا التعبير هو تعبير متلق لما يتضمنه من معنى الإلزام للوكيل.

جاء فى فتح القدير فى هذا المعنى :

« قال القدورى فى مختصره : فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله . هذا عندنا ، وبه قال الشافعى فى قول ، ومالك فى رواية ، وأحمد فى رواية .

وقال الشافعى فى الأصح ينعزل ، وبه قال مالك فى رواية وأحمد فى رواية ، لأن نفوذ الوكالة لحق الموكل له ، فهو بالعزل يسقط حق نفسه ، والمرء ينفرد بإسقاط حق نفسه ألا يرى أنه يطلق زوجته ، ويعتق عبده بغير علم منهما ، ولأن الوكالة للموكل لا عليه ، فلو لم ينفرد الموكل قبل علم الوكيل به ، كان ذلك عليه من وجه ، وذلك لا يجوز .

ولكنا نقول : العزل خطاب ملزم للوكيل بأن يمتنع من التصرف ، وحكم الخطاب لا يثبت فى حق المخاطَب مالم يعلم به ، كخطاب الشارع ، فإن أهل قباء كانوا يصلون إلى بيت المقدس بعد الأمر بالتوجه إلى الكعبة ، وجوز لهم رسول الله صلى الله عليه وسلم حين لم يعلموا ، وكذلك كثير من الصحابة رضى الله عنهم شربوا الخمر بعد نزول تحريمها قبل علمهم بذلك ، وفيه نزل قوله تعالى : « ليس على الذين

آمنوا وعملوا الصالحات جناح فيما طعموا » وهذا لأن الخطاب مقصود للعمل ، ولا يتمكن من العمل مالم يعلم به[1] . »

§ ٢ — المعيار الشرعى

١٨٧ — إن فشل المحاولات التى قامت لإيجاد ضابط كلى للتمييز بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة على أساس معيار طبيعى يستخلص من مسوغات الفقهاء للإعلام المنشىء يهيب بنا إلى البحث عن معيار شرعى ، نستمده من الكتب المعتبرة فى المذهب . فتكون هذه الكتب المعتبرة عندها وفق هذا المعيار هى المرجع فى تقرير ماذا كان الإعلام المنشىء فى حالة ما ضرورياً أم لا ؟ ويكون مقتضى الضابط آنذاك أن ما نصت الكتب المعتبرة على ضرورة الإعلام فيه من التعبيرات ، يتعين أن يكون تعبيراً متلقى ، وما لم تنص على ضرورة الإعلام فيه ، يتعين أن يكون تعبيراً ملقى .

ولقد كان أول من دعا إلى الأخذ بهذا المعيار الشرعى هو الفقيه الحنفى السيد أحمد الحموى الذى أعلن رفضه للتعليل الذى جاء به الفقيه منلا خسرو لدعم ضرورة الإعلام فى تعبيرى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين حاضرين ، ودعا إلى الاعتماد على الدليل النقلى الذى يحتم اشتراط هذا الإعلام . وإليك فيما يلى إعتراض السيد الحموى على تعليل الدرر .

جاء فى فتح الله المعين : « (ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين ، فلا ينعقد النكاح ، درر) .

وفيه بحث : وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن نكاح المكره غير صحيح ، وهو فى طرف المنع ، إذ النكاح من الأشياء التى لا يؤثر فيها الإكراه كالطلاق والعتاق واليمين . قال فى التنوير وصح نكاحه ، يعنى المكره ، وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطأ .

---

(١) فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٢٥ .

فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ، ويقال فى التعليل : إذ لولا السماع لم ينعقد النكاح .

ووجهه أن السماع شرط فى الايجاب والقبول كما صرح به فى المعتبرات، وإذا فقد الشرط فقد المشروط . ومعلوم أن النكاح لا ينعقد بدونهما لأنهما ركنان له حموى[1] »[2].

ويتضح من النص السابق أن السيد الحموى يدعو ألى إسقاط التعليل بالرضا والإعتماد فى اشتراط الإعلام المنشىء فى التعبير التعاقدى بين حاضرين على المعيار الشرعى وهو اشتراط الكتب المعتبرة لهذا الإعلام . فمفتاح الحل إذن هو فى نظر السيد الحموى هو الكتب المعتبرة فى المذهب ، على أن هذه الكتب إذا كانت حكماً فى ضرورة الإعلام فى التعبيرات ، فهى ليست تحمل فى أحكامها طابع التحكم . ولئن فشل التعليل الذى أتى به منلا خسرو لدعم هذه الضرورة فى التعليلات الأخرى التى أتى بها الفقهاء ما يدعمها[3] ويكفى لإبعاد تهمة التحكم عن المشرع فى فرض الإعلام الضرورى أن نستعرض تلك التعبيرات التى تطلب المشرع فيها الإعلام . إننا لواجدون حتما وراء كل تعبير منها أساساً معقولا يدعمه ينتمى لإحدى المعايير الطبيعية التى سبق أن استعرضناها والتى تفرضها طبيعة الأشياء .

على أن هذه المعتبرات التى يشير إليها السيد الحموى قد لا تصرح بضرورة الإعلام فى تعبير ما ، فماذا يكون الحل عند سكوتها ؟ إن الجواب عن هذا السؤال مرتبط فى الواقع بالجواب عن السؤال الذى كنا طرحناه آنفاً هل الإعلام الضرورى هو الأصل أم الاستثناء ؟ فإذا كان الجواب عن هذا السؤال الأخير يحمل ضرورة

---

(١) فتح الله المعين ، ج ٢ ، ص ٦ ، س ٣٦ .

(٢) سبق أن أشرنا إلى أن الشيخ عبد القادر الرافعى صاحب التحرير المختار لرد المحتار قد نبذ فى دوره التعليل الذى جاء به منلا خسرو لضرورة الإعلام فى تعبير القبول ، ونبه إلى أن هذا التعليل قاصر وأعرب عن استغرابه لاشتراط الإعلام فى الوقت الذى لا يستند فيه إلى علة مقبولة . ونضيف هنا أن قصور هذه العلة لم يحل دون قبول الرافعى لاشتراط السماع . ولعله يذعن فى ذلك ضمناً للمعيار الشرعى الذى أشار إليه السيد الحموى ، راجع ما سبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ١٢٣ ص ١١٣ .

الإعلام أصلا حكمنا على التعبيرات المسكوت عن حكمها فى المعتبرات أنها متلقاة ، وإذا كان يجمل انتفاء هذه الضرورة أصلا ، حكمنا على التعبيرات المسكوت عن حكمها أنها ملقاه .

١٨٨ — إن بعض المسوغات التى أعطاها الفقهاء لضرورة الإعلام قد توحى بأن الإعلام المنشىء هو الأصل . فقد جاء فى هذه المسوغات ما يشير إلى الإعتماد على مفهوم الكلام لتعليل ضرورة الإعلام . ومؤدى هذا الرأى أن التعبيرات يجب أن تكون متلقاة لأنها كلام ، والكلام لا يعتبر كلاماً إلا إذا سمع من المخاطَب به . وقد ردد هذه المسوغات ثلاثة من الفقهاء الأحناف بطرق متعددة :

قال القهستانى فى جامع الرموز : « وشرط سماع كل من العاقدين كلام الآخر ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعقل[1] » . وقال ابن عابدين فى رد المحتار : « وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى ... وهذا أوجه ... لأن الكلام من الكلم ، وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، فتكليمه فلاناً لا يحصل إلا بسماعه[2] » . وقال ابن ملك فى شرح الوقاية : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر ، لأن العقد ينعقد بكلامهما ، فلابد من سماعهما[3] » .

وواضح أن هذه المسوغات تستند إلى مفهوم الكلام لتسويغ الإعلام المنشىء فى التعبير ومؤدى هذه المسوغات أن الإرادة لا تظهر إلا عن طريق الكلام ، والكلام هو ما كان فى وسع الموجه إليه التعبير أن يتلقاه بسمعه وإدراكه ، فيجب إذن أن يكون التعبير الذى يتم عن طريق هذا الكلام تعبيراً مقترناً بالإعلام المنشىء .

ويؤيد ما سبق تعريف الكلام لدى كل من القهستانى والهروى جاء فى تعريف القهستانى : « النطق فى المتعارف أصوات مقطعة يظهرها اللسان ، وتعيها الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للانسان[4] » .

وجاء فى تعريف الهروى : « الحرف صوت يعتمد على مخرج محقق أو مقدر ،

---

(١) المرجع السابق .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) جامع الرموز ، جـ ١ ، ص ١٦٥ — ص ١٦٦ .

فلا يتحقق بدون السمع ، وغيره يكون خاطراً وخيالاً[1] . »

١٨٩ — **تقرير هذا التعليل :** إن هذا التعليل لا يحمل من التعليل إلا اسمه وهو أقرب إلى التقرير منه إلى التسويغ وإلا فما معنى قول ابن ملك « إن العقد ينعقد بكلامهما فلا بد من سماعهما » وفيما عدا ذلك فإننا إذا نظرنا إلى هذه المشكلة من وجهة نظر العاقد نجد أن التعبير هو من عمله ، لا من عمل السامع ، فهو لا ينتظم في جوهره لا وصولاً إلى المخاطب ، ولا علماً به من قبله .

ويقول الرحمتى فى هذا المعنى :

« إن الإيجاب من البائع مثلاً ما أوجب به للمشترى القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود الفعل منه ، وهو نطقه ، وذلك فى تصحيح الحروف سواء سمع الثانى أولا[2] . »[3] ولعل الشيخ الرحمتى يريد أن يميز فى تعليله هذا بين ما هو مشروط شرعاً ، وما هو مألوف عرفاً . فلئن كان العرف يقضى بأن يصل المرء بتعبيره إلى علم الغير ، فليس معنى هذا أن الإعلام أمر لا مفر منه فى عرف الشارع ، وأنه من صميم التعبير التصرفى وجوهره .

وينصر ذلك أن الرأى السائد لدى الفقهاء يذهب إلى أن حد الكلام ينتظم اشتراط سماع صاحبه له لا المخاطَب به[4] .

---

(١) فتح باب العناية شرح النقاية على الوقاية لملا على الهروى ، ج ١ ، ص ٥٠ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٦ ، ص ١١٦ .

(٣) قارن وصف صاحب المحيط للقراءة إذ يقول : « إن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف وإقامتها ، لا بالسماع فإن السماع هو فعل السامع (المحيط البرهانى ، ج ١ ، ص ٦٣٢ ، س ٢٠) . ويرد نفس الإعتراض على الذين يسوغون ضرورة الأعلام بضرورة الأظهار ويجعلون الأولى بمثابة البديهيات جاء فى التعبير عن الإرادة للدكتور وليم قلادة (ف ٦٠ ، ص ١٩١) : « ومن البديهى أن ما يكون العقد ليس هو النية المضمرة ، بل إيصال هذه النية إلى من صدر منه الإيجاب » .

(٤) فقد جاء فى البدائع (ج١ ، ص١٦١) : « إن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى المتعارف ، وقدر مالا يسمعه هو لو كان سميعاً لم يعرف قراءه ... إن الكلام فى العرف إسم لحروف منظومة دالة على مافى ضمير المتكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع . »
وجاء فى موضع آخر (ج ٣ ، ص ١٥٤ ، س٣٢) : « أن الحروف لاتتحقق بدون الصوت . =

ننتهى مما تقدم إلى أن ثمة رأيين يعولان على مفهوم الكلام كأساس لتقرير ضرورة الإعلام أو انتفاء هذه الضرورة . الأول يقول به ابن عابدين ولفيف من الفقهاء ويذهب إلى أن الإعلام ضرورى لأن الكلام من عمل السامع. والثانى يقول به الشيخ الرحمتى [1] ويذهب فيه إلى أن الكلام هو من فعل العاقد وأنه لاضرورة للاعلام . ولئن كنا ارتضينا نقد الرحمتى للرأى الأول ، فليس معنى هذا أننا ننحاز إلى هذا الرأى المقابل ذلك لأننا نرفض من حيث المبدأ اتخاذ الكلام تكأة لتقرير ضرورة الإعلام أو انتفاء هذه الضرورة. ونحن فى رفضنا هذا نتحاشى نتيجة حتمية لاشك واصل إليها كل من انتهج ذاك المنهج . وهذه النتيجة قد تكون اعتبار كل التعبيرات ملقاة ، وهى نتيجة لاشك واصل إليها كل من اعتبر التعبير من فعل العاقد . وقد تكون اعتبار كل التعبيرات متلقاة ، وهى نتيجة لا شك واصل إليها كل من اعتبر التعبير من فعل السامع أما وأن التعبيرات التى يقرها الشرع ليست كلها ملقاة ، وليست كلها متلقاة ، فقد ترتب على ذلك أن يكون هجر مفهوم الكلام ، كأساس لتقعيد قاعدة فى هذا الصدد ، أمراً لا مفر منه .

١٩٠ — نخلص مما تقدم إلى أن ليس ثمة من أساس صالح لاعتبار ضرورة الإعلام أصلا فى الفقه الإسلامى. بل ثمة من القرائن مايسعف على اعتبار انتفاء ضرورة الإعلام هى الأصل وإننا لنجد هذه القرائن فى صلة الإعلام المنشىء بالشكلية من

= فالحروف المنظومة لاتتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص . فإذا لم يوجد الصوت، لم تعرف الحروف ، فلم يوجد الكلام » .

وجاء فى المحيط البرهانى (ج ١ ، ص ٣٦٢) : « وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والشيخ الإمام الجليل أبى محمد بن الفضل رحمهما الله أنه لايجزئه مالم يسمع نفسه ، وبه أخبر عامة المشايخ ؛ لأن حد الكلام ماهو مسموع مفهوم . ألا ترى أن الحان الطير لايسمى كلاماً ، مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمفهوم ، ألا ترى أن الكتاب لايسمى كلاماً ، مع أنه مفهوم ، لأنه ليس بمسموع » .

وجاء فى معراج الدراية للكاكى (ج ١ ، ورقة ٦٩) : « احتج من قال : لايجوز مالم يسمع نفسه بأن القراءة كلام ، وهو عادة عما يظهره المرء فى ضميره ، ولهذا قيل اللسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع ، وحروف مفهومة . لأن الكلام لايوجد مع إقامة الحروف ، كالكتابة فإنها لاتسمى كلاماً ،وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما فى الضمير » .

(١) يلاحظ أن الشيخ عبد القادر الرافعى قد ارتضى فى كتابه التحرير المختار لرد المحتار (ج ١ ، ص ٦٥ ، س ٢٥) رأى الشيخ الرحمتى وهذا الارتضاء يتعارض فى رأينا مع ذكره الشيخ الرافعى فى مكان آخر من كتابه (التحرير المختار ، ج ١ ، ص ١٨٠ ، س ٣١) حيث ذهب إلى اعتبار الإيجاب تعبيراً متلق .

جهة[1] وعزوف الفقه الإسلامى عن تقبل قيود الشكلية من جهة أخرى . ويترتب على ذلك أن تعبيراً ما إذا ثار الشك حول شريطة إعلامه إلى الموجه إليه يجب أن يعتبر تعبيراً ملتى لأن **القاعدة فى الفقه الاسلامى هى عدم ضرورة الاعلام**

§ ٣ — العدالة والإعلام المنشىء

إن التصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه

١٩١ — إذا رجعنا إلى التعليلات التى أوردها الفقهاء لتسويغ ضرورة الإعلام فى التعبيرات المتلقاة نجد أن مفهوم العـــدالة يحتل مكاناً بارزاً بين هذه التعليلات . فالفقهاء غالباً مايعللون ضرورة الإعلام فى تعبير ما بما ينشأ من أضرار تلحق المخاطَب بالآثار الشرعية فى حال جهله للتعبير الذى تمسه آثاره . فهل نستطيع والحالة هذه أن نستند فى دورنا إلى قاعدة « الضرر مدفوع » لتقرير ضرورة الإعلام فى الحالات التى لم يرد نص عنها فى الـكتب المعتبرة ؟ الظـاهر أنه ليس ثمة ما يمنع من الإعتماد على هذا المبدأ لتطلب الإعلام المنشىء فى الحالات المسكوت عنها .

ونورد فيما يلى أولا : النصوص الفقهية التى يربط فيها الفقهاء بين ضرورة الإعلام ومفهوم الضرر فى بعض التعبيرات المتلقاة . ثانيا : النصوص الفقهية التى يربط فيها الفقهاء بين انتفاء الإعلام ومفهوم الضرر فى بعض التعبيرات الملقاة .

(ا) التعبيرات المتلقاة :

جاء فى فتح القدير : « فإن لم يبلغ الوكيل خبر عزل الموكل إياه ، فهو على وكالته وتصرفه جائز حتى يعلم الوكيل عزله . . . ثم إن الفقه فيما نحن فيه ما ذكره المصنف بقوله ، لأن فى عزل الوكيل من غير علمه إضراراً بالوكيل من وجهين :

أحدهما من حيث إبطال ولايته ، فإن فى إبطال ولايته تـكذيباً له ؛ لأن الوكيل يتصرف لموكله على ادعاء أن له ولاية ذلك بالوكالة ، وفى عزله من غير علمه تـكذيب له فيما ادعاه ، لبطلان ولايته بالعزل ، وتـكذيب الإنسان فيما يقول ضرر عليه لا محالة .

والثـانى : ما أشار إليه بقوله : أو من حيث رجوع الحقوق إلى الوكيل فإنه يتصرف فيها بناء على رجوعها إليه ، فينقد من مال الموكل ، إن كان وكيلا بالشراء ،

(١) راجع ماسبق ، ف ١٧٣ ، ص ١٦٧ .

ويسلم المبيع ، إن كان وكيلا بالبيع ، فلو كان معزولا قبل العلم ، كان التصرف واقعاً له ، فيضمن ما نقده وسلمه ، فيتضرر به . والضرر مدفوع شرعاً[1] » .

وجاء فى البدائع : « وإن كان الشريك غائباً ولم يبلغه الفسخ ، لم يجز الفسخ ولم ينفسخ العقد ، لأن الفسخ من غير علم صاحبه إضرار بصاحبه[2] » .

جاء فى العناية شرح الهداية : « إن الفسخ تصرف فى حق الغير ، وهو العقد ، بالرفع وهو لا يعرى عن المضرة .

أما إذا كان الخيار للبائع ، فالمشترى عساه يعتمد تمام البيع السابق ، فيتصرف فيه فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع . وقد تكون القيمة أكثر من الثمن ، ولا خفاء فى كونه ضرراً .

وأما إذا كان الخيار للمشترى ، فالبائع عساه يعتمد تمامه ، فلايطلب لسلامته مشترياً وقد تكون المدة أيام رواج بيع المبيع ، وفى ذلك ضرر لايخفى ، **والتصرف المشتمل على ضرر فى حق الغير يتوقف على علمه لا محالة** ، كما فى عزل الوكيل[3] » .

(حـ) التعبيرات الملقاة :

وجاء فى تبيين الحقائق « وكالإجازة فإن علم الآخر لا يشترط فيها ، فلهذا لا يشترط رضاه ، لأنه لا ضرر فيها على صاحبه ، إذ هو موافق له فيها[4] » .

جاء فى الدر المختار « وللوكيل بالخصومة وبشراء المعين لا الوكيل بنكاح وطلاق وعتاق وببيع ماله ، وبشراء شىء بغير عينه ، عزل نفسه بشرط علم موكله . أما الوكيل بالنكاح فإنه يصح عزل نفسه فى هذه الأشياء ، وإن لم يعلم الموكل لعدم تضرره[5] . »[6] .

---

(١) فتح القدير ، جـ ٦ ، ص ١٢٥ .

(٢) البدائع ، جـ ٦ ، ص ١٧٧ ، س ١٩ .

(٣) العناية على الفتح ، جـ٥ ، ص ١٢٠ .

(٤) تبيين الحقائق ، جـ ٤ ، ص ١٨ .

(٥) الدر المختار ، جـ ٤ ، ص ٤٣٣ .

(٦) جاء فى العقود الصغيرة للدكتور محمد على عرفة (ص ٤٢١) : « إقتضى الشرع ضرورة إعلان الموكل بتنحى الوكيل حتى يستعد لمباشرة شئونه بنفسه ، أو باختيار وكيل آخر يفوض إلية رعاية مصالحه . »

وجاء فى جامع الفصولين : « لو فسخ المؤجر بلا علم الآخر لم يجز لإبطال حقه ، ولو فسخ المستأجر بغيبة المؤجر جاز إذ أبطل حق نفسه[1] » .

الفرع الثانى

الإعلام المنشىء لدى غير الأحناف

المطلب الأول

الإعلام المنشىء فى المذهب الشافعى

١٩٢ — تضيق دائرة التعبيرات المتلقاة فى المذهب الشافعى بشكل واضح . ولقد سبق أن رأينا مظهرين لهذا الضيق . أولهما فى تردد هذا المذهب فى اشتراط الإعلام المنشىء فى عزل الوكيل[2] وثانيهما فى إجماعه على انتفاء الإعلام فى الإيجاب والقبول[3] ونستعرض فيما يلى بعض التطبيقات عن التعبيرات الملقاة ، والتعبيرات المتلقاة ، والتعبيرات المختلف فيها فى هذا المذهب .

١٩٣ — **التعبيرات المتلقاة :** تكاد تنحصر التعبيرات المتلقاة فى المذهب الشافعى فى نطاق القانون الخاص[4] فى تعبيرين هما فسخ الوديعة وفسخ العارية وسنلمس من النص الذى ننقله فيما يلى أن الباعث الذى حدا بهذا المذهب إلى اشتراط الإعلام المنشىء فى هذين التعبيرين هو دفع الضرر عن المستعير والمودع .

جاء فى نهاية المحتاج : « ولا ينعزل وديع ومستعير إلا ببلوغ الخبر ، وفارق الوكيل بأن القصد منعه من التصرف الضار بموكله بإخراج أعيانه عن ملكه ، فأثر فيه العزل ، وإن لم يعلم به ، بخلافهما » . وعلل الشبراملسى اشتراط الإعلام فى عزل المستعير

---

(١) جامع الفصولين ، ج ٢ ، ص ٣٩ ، س ٩ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٨٦ ، ص ١٧٨ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ١٢٧ ، ص ١١٧ .

(٤) وفى نطاق القانون العام يعتبر المذهب الشافعى عزل القاضى تعبيراً متلقى جاء فى نهاية المحتاج (ج ٤ ، ص ٣٩ ، س ٥) : « وفرق بين الوكيل والقاضى بتعلق المصالح الكلية بعمل القاضى . فلو انعزل قبل الخبر ، عظم ضرر الناس بنقض الأحكام ، وسائر الأنكحة بخلاف الوكيل » .

والوديع بقوله : « وفائدة عدم عزله فى الوديع وجوب حفظه ورعايته قبل بلوغ الخبر حتى لو قصر فى ذلك ، كأن لم يدفع متلفات الوديعة عنها ، ضمن ، وفى المستعير أنه لا أجرة عليه فى استعمال العارية قبل بلوغ الخبر ، وأنها لو تلفت بالإستعمال المأذون فيه قبل ذلك لم يضمن[1] » ويلاحظ أن اشتراط الإعلام فى الوديعة هو فى صالح المودع ، لأنه يجعل التزام الوديع بالحفظ متراخياً إلى حين علمه بالفسخ ، أما اشتراط الإعلام فى العارية فهو فى جانب المستعير ، لأنه يمد فى حياة حقه فى الإنتفاع بالعارية إلى حين علمه بالفسخ .

١٩٤ — **التعبيرات الملقاة** : إن التعبيرات الملقاة فى المذهب الشافعى هى أوفر ما تكون ولعل مرد ذلك هو إتساع الضابط الذى وضعه هذا المذهب لانتفاء شريطة الإعلام فقد جاء فى هذا الضابط : « **ان كل ما لا يحتاج للرضا لا يحتاج للعلم** » .

ولقد سبق أن رأينا أن التعبيرين التعاقديين هما تعبيران ملقيان . ونورد فيما يلى بعض النصوص التى تشير إلى بعض التعبيرات الملقاة .

جاء فى نهاية المحتاج : « ولو قال الوكيل الذى ليس قناً عزلت نفسى . . . انعزل حالا وإن غاب الموكل لما أن ما لا يحتاج للرضا لايحتاج للعلم[2] » . وجاء فى المجموع للنووى : « ومن ثبت له الخيار فله أن يفسخ فى محضر من صاحبه وفى غيبته ، لأنه رفع عقد جعل إلى اختياره ، فجاز فى حضوره وغيبته كالطلاق . . . هذا مذهبنا لاخلاف فيه عندنا ، وبه قال مالك وأحمد وزفر وأبو يوسف[3] » . ولعل اتساع دائرة التعبيرات الملقاة يبدو بوضوح إذا عرفنا أن الإتجاه الراجح فى التعبيرات المختلف فيها هو الإتجاه النافى للإعلام المنشىء فى هذه التعبيرات .

١٩٥ — **التعبيرات الخلافية** : يأتى عزل الوكيل فى مقدمة التعبيرات المختلف فيها فى المذهب الشافعى فقد جاء فى نهاية المحتاج : « فإن عزله وهو غائب انعزل فى الحال ، لأنه لم يحتج للرضا ، فلم يحتج للعلم كالطلاق ... وفى قول ينعزل حتى يبلغه

(١) نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٤٠ ، س ١٠ .
(٣) المجموع للنووى ، ج ٩ ، ص ٢٠٠ ، س ٧ .

الخبر[1] » ويبدو أن الرأى الأصح فى المذهب هو الرأى القائل إن عزل الوكيل تعبير ملق .فقد جاءفىالأشباه والنظائر :« ومنها عزلالوكيل قبل علمه،فيه وجهان، والأصح انعزاله وعدم نفوذ تصرفه[2] » وسنلمس من النص التالى انعكاس آثار هذا الخلاف على جميع التعبيرات المختلف فيها .

جاء فىالأشباه والنظائر للسيوطى:« ومنها لو أباح ثمار بستانه ، ثم رجع، ولم يعلم المباح له . فنى ضمان ما أكل خلاف الوكيل . . . ومنها لو عفا الولى ولم يعلم الجلاد ، فاقتص ، فنى وجوب الدية قولان متخرجان من عزل الوكيل ، أصحهما الوجوب . ومنها لو أذن المرتهن فى بيع المرهونة ، ثم رجع ، ولم يعلم الراهن ، فنى نفوذ تصرفه وجهان ، أصحهما لا ينفذ . ومنها إذا خرج الأقرب عن الولاية فهى للأبعد ، فلو زال المانع من الأقرب ، وزوج الأبعد ، وهو لا يعلم ، فنى الصحة وجهان[3] . ومنها لو وكله وهو غائب ، فهل يكون وكيلا من حين التوكيل ، أو من حين بلوغ الخبر ؟ وجهان ، مقتضى مافى الروضة تصحيح الأول . ومنها لو استأذنها غير المجبر ، فأذنت ثم رجعت ، ولم يعلم حتى زوج، فنى صحته خلاف الوكيل[4] » .

المطلب الثانى

الإعلام المنشىء فى المذهب الحنبلى

١٩٦ — نكاد نجد لدى المذهب الحنبلى نفس الضوابط التى وضعها المذهب الشافعى لاشتراط الإعلام المنشىء . فقد جاء فى القاعدة الثالثة والستين من قواعد ابن رجب :« إن من لا يعتبر رضاه بفسخ عقد أو حله لا يعتبر علمه به »ويذكرنا هذا

(١) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٤ ، ص ٣٩ ، س ٦ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٢٣ . ويترتب على هذا الرأى الأصح أن الوكيل « إذا تصرف بعد عزل ... جاهلا لم يصح تصرفه وضمن ما سلمه فيما يظهر ، إذ الجهل غير مؤثر فى الضمان ، ومن ثم غرم الدية والكفالة إذا قتل جاهلا بالعزل ... ولا رجوع له بما غرمه على موكله على الأصح ، وإن غره خلافاً لبعضهم ، هذا هو مقتضى كلام الشاشى والغز الى حيث قالا لواشترى شيئاً لموكله جاهلا بانعزاله فتلففى يده ، وغرم بدله ، رجع على الموكل ، لأنه الذى غره (راجع نهاية المحتاج ، ج ٤ ، ص ٣٩) . »

(٣) يلاحظ هنا أن إعلام الأبعد بزوال المانع هو إيذان بواقعة .

(٤) الأشباه والنظائر ، المرجع السابق .

الضابط بذاك الذى ألفيناه لدى المذهب الشافعى والذى جاء فيه « إن مالايحتاج للرضا لا يحتاج للعلم » وواضح أن النتيجة الطبيعية لتماثل الضوابط لدى المذهبين هى ضيق دائرة التعبيرات المتلقاة فيهما ، وسنلمس ذلك فى النصوص التى ننقلها فيما يلى عن ابن رجب والتى سنستعرض فيها بعض التطبيقات للتعبيرات الملقاة والتعبيرات الملقاة المجمع عليها والمختلف فيها .

١٩٧ — **التعبيرات المتلقاة** : يندر أن نجد فى المذهب الحنبلى تعبيراً متلقى مجمعاً عليه ولقد استقرأنا التعبيرات التى أشار إليها ابن رجب ، فلم نجد من هذه التعبيرات سوى فسخ الوديعة من قبل المودع لديه ، فلقد جاء فى قواعد ابن رجب « فلو قال المودع بحضر من رب الوديعة أو فى غيبته : فسخت الوديعة أو أزلت نفسى عنها ، لم تنفسخ قبل أن يصل إلى صاحبها[1] . »[2]

١٩٨ — **التعبيرات الملقاة** : تتسع دائرة التعبيرات الملقاة فى المذهب الحنبلى كما أسلفنا ونشير فيما يلى إلى الضابط الذى وضعه ابن رجب لهذه التعبيرات والتطبيقات التى تندرج فى ظله ، جاء فى قواعد ابن رجب :

القاعدة الثالثة والستون وهى : **ان من لا يعتبر رضاه بفسخ عقد أو حله ، لا يعتبر علمه به ،** ويندرج تحت ذلك مسائل . منها الطلاق ، ومنها الخلع ومنها العتق ولو كان على مال، ومنها فسخ المعتقة تحت عبد ، ومنهافسخ المعيب والمدلس وكذلك الإجارة ومنها فسخ العقود الجائزة بدون علم الآخر ومنها الفسخ بالخيار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر.... ومنها الوديعة وقد ذكر القاضى فى مواضع كثيرة فى خلافه أن للمودع فسخها بالقول فى غيبة المودع . وتنفسخ قبل علم المودع بالفسخ وتبقى فى يده أمانة كمن أطارت الريح إلى بيته ثوباً لغيره[3] » وجاء فى المغنى : « أن زوج

---

(١) القواعد لأبن رجب ، ص ١١٤ .

(٢) وفى نطاق القانون العام يعتبر عزل القاضى تعبيراً متلقى جاء فى قواعد إبن رجب (المرجع السابق) : « وفى التلخيص لاينعزل القاضى قبل العلم بلاخلاف لأن ولاية القاضى عامة ، لما يترتب عليها من عموم العقود والفسوخ فتعظم البلوى بإبطالها قبل العلم بخلاف الوكالة . »

(٣) المرجع السابق .

الرجعية إذا راجعها ، وهى لا تعلم، صحت المراجعة لأنها لا تفتقر إلى رضاها فلم تفتقر إلا علمها كطلاقها [1] . »

١٩٩ — **التعبيرات الخلافية** : يأتى فى مقدمة هـــذه التعبيرات عزل الوكيل ونورد أدلة مثبتى إعلامه ونفاته كما وردت فى كتاب المغنى ثم نستعرض التعبيرات الخلافية الأخرى كما وردت فى قواعد ابن رجب ، جاء فى المغنى : «فتى تصرف الوكيل بعد فسخ الموكل أو موته فهو باطل إذا علم ذلك ، فإن لم يعلم الوكيل بالعزل ولا موت الموكل فعن أحمد فيه روايتان ، وللشافعى فيه قولان، وظاهر كلام الخرقى هذا أنه ينعزل علم أو لم يعلم ، وقد تصرف فبان أن تصرفه بعد عزله أوموت موكله ، فتصرفه باطل ، لأنه رفع عقد لا يفتقر إلى رضا صاحبه ، فلا يفتقر إلى علمه كالطلاق والعتاق .

والرواية الثانية عن أحمد لا ينعزل قبل علمه بموت الموكل وعزله ، نص عليـــه فى رواية جعفر بن محمد ، لأنه لو انعزل قبل علمه كان فيه ضرر لأنه قد يتصرف تصرفات فتقع باطلة، وربما باع الجارية فيطؤها المشترى، أو الطعام فيأكله ، وغير ذلك فيتصرف فيه المشترى ويجب ضمانه ، ويتضرر المشترى والوكيل . ولأنه يتصرف بأمر الموكل ولا يثبت حكم الرجوع فى حق المأمور قبل علمه بالفسخ ، فعلى هذه الرواية متى تصرف قبل العلم نفذ تصرفه [2] » . وجاء فى قواعد ابن رجب : « المشهور أن كل من ينعزل بموت أو عزل هل ينعزل بمجرد ذلك ، أم يقف عزله على علمه ؟ على روايتين . وسواء فى ذلك الوكيل وغيره ، والإذن للزوجة أو العبد فيما لا يملكانه بدون إذن إذا وجد بعده نهى لم يعلماه مخرج على الوكيل . وكذلك إذن المرتهن للراهن فى التصرف إذا منع منه قبل تصرف الراهن ولم يعلم . . ومنها عقود المشـاركات كالشركة والمضاربة والمشهور أنها تنفسخ قبل العلم كالوكالة . . . ومنها الفسخ بالخيـار يملكه من يملك الخيار بغير علم الآخر عند القـاضى والأكثرين وخرج أبو الخطاب فيها وجهاً آخر ، أنه لا ينفسخ إلا أن يبلغه فى المدة ، من عزل الوكيل ، وفيه نظر، فإن من له الخيـار يتصرف بالفسخ لنفسه [3] » .

---

(١) المغنى ، ج ٨ ، ص ٤٩٨ .
(٢) المغنى ، ج ٥ ، ص ٢٤٢ .
(٣) قواعد ابن رجب ص ١١٤ — ١١٥ .

المطلب الثالث

الإعلام المنشىء لدى ابن حزم

٢٠٠ — لسنا نريد هنا — بعد أن أفضنا فى البحث فى الإعلام المنشىء لدى مذاهب أهل السنة — أن نتوسع فى بحث هذا الإعلام لدى ابن حزم . وحسبنا أن نجتزئ القول هنا فى تعبيرى الطلاق والرجعة اللذين خالف فيهما ابن حزم المذاهب الأربعة ، وذهب إلى أنهما تعبيران متلقيان لا ملقيان .

§ ١ — الإعلام المنشىء والطلاق

٢٠١ — يذهب ابن حزم — ومعه الشيعة الزيدية[1] إلى أن الطلاق يجب أن يكون تعبيراً متلقى ، وهو يرى أن الطلاق الخالى من الإعلام لا يمكن أن يوصف بأنه سراح جميل ، وهو مدعاة لإلحاق الضرر بالمرأة المخاطَبة به نتيجة إلزامها بالعدة رغم جهلها الطلاق وينبنى على اعتبار الطلاق تعبيراً متلقى أن يكون للزوج الحق فى الرجوع عنه ، مادام لم يتصل بعلم المخاطَبة به ، وأن تظل هذه المخاطَبة زوجة له بحيث لا ترد له ما أنفق عليها قبل علمها بالطلاق ، ويكون لها الحق فى وراثته إذا ما توفى قبل هذا العلم .

جاء فى المحلى : « ومن طلق امرأته وهو غائب لم يكن طلاقاً ، وهى امرأته كما كانت ، يتوارثان إن مات أحدهما ، وجميع حقوق الزوجية بينهما ، سواء كانت مدخولاً بها أو غير مدخول بها ، ثلاثاً أو أقل ، إلا حتى يبلغ إليها ، فإذا بلغها الخبر من تصدقه ، أو بشهادة تقبل فى الحكم فحينئذ يلزمها الطلاق إن كانت حاملاً ، أو طاهراً فى طهر لم يمسها فيه . »

وجاء أيضاً : « وبالضرورة يوقن كل ذى حس سليم أن من طلقها فلم يبلغها الطلاق فقد ضارها ، ومضارتها حرام ، ففعله مردود باطل ، والمعصية لا تنوب عن

---

(١) جاء فى فرق النكاح فى المذاهب الأسلامية ، محاضرات ألقاها الأستاذ على الخفيف على طلبة قسم الدراسات القانونية فى معهد الدراسات العربية العالية ، عام ١٩٥٨ ، ص ٣٥٧ : « وقد ذهب الزيدية إلى أن من طلقها زوجها ، أو مات عنها ، أو فسخ نكاحها ، لزمتها العدة من وقت العلم بذلك ، لامن وقت الوقوع ، وهذا فى الزوجة العاقل الحائل . »

الطاعة . وبالضرورة يوقن كل أحد أن من فعل ذلك فلم يسرحها سراحاً جميلا . ومن لم يطلق للعدة ، ولم يحص العدة ، فلم يطلق كما أمره الله تعالى ، ومن لم يطلق كما أمره الله تعالى فلم يطلق أصلاً . . . ولا يجوز فى دين الإسلام أن يحال بزمان بين الطلاق وبين أول عدتها ولا يجوز أن تكون امرأة ذات زوج موطوءة منه خارجة عن الزوجية بطلاقه وفى غير عدة ، هذا خلاف القرآن والسنة[1] . »

ويقول ابن حزم فى باب العدة : « وتعتد المطلقة غير الحامل . . . من حين يأتيها خبر الطلاق » ويقول أيضاً : « والذى نقول به أنهما يتوارثان ، وله الرجعة عليها ما لم يبلغها طلاقه بالثلاث ، ولا ترد ما أكلت فى الطلاق ، لأنها زوجته ما لم يبلغها أو يأتيها الخبر ، وأما فى الموت فبخلاف ذلك وترد ما أكلت لأنها أكلت مال الورثة أو مال الغرماء ، ولا حق لها عندهم[2] » .

٢٠٢ — *تقدير هذا الرأى* : يرى الجمهور أنه ليس ثمة من علاقة بين العدة وعلم المرأة بالطلاق .

ذلك لأن الهدف من العدة هو مجرد استبراء الرحم لا التعبد ويوجه أستاذنا الخفيف رأى الجمهور بقوله : « إن العدة لتعرف براءة الرحم لا التعبد بدليل انتهائها بالوضع اتفاقاً — ولو لم تعلم الزوجة بالفرقة . وإذا كانت لتعرف براءة الرحم لم يكن لعلم الزوجة بالوفاة مدخل فى ذلك ، فلا يعتبر بداية لها » .

ونحن نرى أنه إذا كانت الصلة مفقودة بين العدة وعلم المرأة بالطلاق فثمة اعتبارات عملية تقتضى افتراض مثل هذه الصلة ذلك لأن هذه الاعتبارات تقتضى تأخير وقوع الطلاق — وهو أبغض الحلال إلى الله — ما أمكن . ولما كان اعتبار الطلاق تعبيراً متلقى لا يتم إلا بعلم المخاطَبة به عاملا فى تأخير وقوع الطلاق إلى حين علمها ، وفسح المجال للزوج من ثم للرجوع عنه قبل علمها ، لذلك نرى من الخير لكيان الأسرة أن يفرض الإعلام المنشىء على تعبير الطلاق ونرحب برأى ابن حزم الذين يشترط هذا الإعلام ، ويستدعى ذلك التأخير مستتبعاً إعطاء فرصة جديدة للحفاظ على الحياة الزوجية المشتركة المهددة بالإنهيار[3] .

---

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ١٩٧ — ١٩٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٣١١ — ٣١٢ ، المسألة ٢٠٠٩ .

(٣) قارن فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ٦١ و ص ٩٢ .

§ ٢ — الإعلام المنشيء والرجعة

٢٠٣ — رأينا فيما سبق أن الفقه الإسلامى على عدم اشتراط الإعلام المنشيء فى الرجعة ، ورأينا أيضاً أن هذا الإنتفاء هو مظنة لإلحاق الضرر بالمرأة ، ونتساءل هنا هل من سبيل إلى إبعاد هذا الضرر المحتمل عن المرأة ؟

الواقع أن اعتبار الرجعة تعبيراً متلقى ، وما يستتبعه من اعتبار الإعلام المنشيء عنصراً ركنياً فى الرجعة لا تقوم إلا به ، يقدم لنا دريئة مانعة من الإضرار بالمرأة .

وتتبدى حماية الإعلام المرأة المطلقة فى حالة ما لو تزوجت بعد انقضاء عدتها من زوج آخر ، دون أن تعلم بارتجاع زوجها لها قبل انقضاء العدة . ففى حالة اعتبار الإرتجاع تعبيراً متلقى ، يعتبر الزواج اللاحق صحيحاً ، لأن الرجعة السابقة التى لم تتصل بعلم المرأة تعتبر لغواً ، ومن ثم تغدو الزوجة بعد انقضاء العدة أجنبية عن الزوج الأول، ويحق لها تبعاً لذلك أن تولى وجهها شطر زوج جديد .

ويبدو أن الفقيه ابن حزم ـ ومعه المذهب الأباضى[1] ـ قد لاحظ ما يكتنف انتفاء الإعلام فى الرجعة من أضرار تلحق بالمرأة فذهب إلى اشتراط هذا الإعلام على غرار اشتراطه الإعلام فى الطلاق معززاً اشتراطه هذا بقوله : « برهان ذلك قول الله تعالى : يخادعون الله والذين آمنو وما يخدعون إلا أنفسهم . وقال تعالى : «ولا تضاروهن لتضيقوا عليهن . وهذا عين المضارة . وقال رسول الله صلى الله عليه وسلم : من عمل عملا ليس عليه أمرنا فهو رد . فمضارتها مردودة باطلة » ويعوِّل ابن حزم على دليلين آخرين لاشتراط الإعلام يستمدها من القرآن الكريم أحدها يذهب إلى أن الرجعة المجردة عن الإعلام لا يصح أن توصف أنها إمساك بمعروف وثانيهما يذهب إلى أن الرجعة المكتومة عن المرأة هى رجعة مقرونة بإرادة الفساد لا بإرادة الإصلاح . قال ابن حزم فى دليله الأول : « وأيضاً فان الله تعالى سمى الرجعة إمساكاً بمعروف قال تعالى : فإذا بلغن أجلهن ، فامسكوهن بمعروف ، أو فارقوهن

---

(١) جاء فى شرح النيل (ج ٣ ، ص ٥٢٨) : « ولا تمكن مطلقة واحداً نفسها للزوج إن ادعى مراجعة إن لم تعلم بها . »

بمعروف . فالرجعة هى الإمساك ولا تكون بنص كلام الله تعالى إلا بمعروف ، والمعروف هو إعلامها وإعلام أهلها إن كانت صغيرة أو مجنونة ، فإن لم يعلمها لم يمسك بمعروف ، ولكن بمنكر ، إذ منعها حقوق الزوجية من النفقة والكسوة والإسكان والقسمة فهو إمساك فاسد باطل ما لم يشهد بإعلامها ، فحينئذ يكون بمعروف » .

وقال فى دليله الثانى : « وكذلك قال الله عز وجل : وبعولتهن أحق بردهن فى ذلك ، إن أرادوا إصلاحا ، ولهن مثل الذى الذى عليهن بالمعروف . . . إنما يكون البعل أحق بردها إن أراد إصلاحاً بنص القرآن ومن كتمها الرد ، أو رد بحيث لا يبلغها فلم يرد إصلاحاً ، بلا شك ، بل أراد الفساد ، فليس رداً ولا رجعة أصلا[1] . »

٢٠٤ — *تقدير هذا الرأى* : إننا نذهب إلى تأييد رأى ابن حزم فى اعتباره الرجعة تعبيراً متلقى لقوة مبناه ، ولجدية الفوائد المتولدة عنه ، ذلك أننا إذا ما رجعنا إلى المثال الذى افترضنا فيه زواج المرأة الجاهلة لارتجاعها ، نجد أن اعتبار الرجعة تعبيراً متلقى يحقق فائدة مزدوجة : فهو يصون من جهة حقوق الزوج الجديد فى العقد اللاحق التى تغدو مهددة ، إذا ما ظل التعبير القولى بالرجعة تعبيراً ملقى . وهو يحمى من جهة أخرى حقوق المرأة المخاطبة بالرجعة من مفاجأة طارئة تهدد عقدها الجديد بارتجاع لم يكن فى حسبانها .

والظاهر أن فقهاء أهل السنة لم يفتهم ملاحظة ما لعلم المرأة بالرجعة من الفائدة يدل على ذلك ما أوصوا به من ندب الإعلام بها واستحبابه .

جاء فى الهداية : « ويستحب أن يعلمها ، كى لا تقع بالمعصية[2] » . وجاء فى البدائع : « وكذا إعلامها بالرجعة ليس بشرط ، حتى لو لم يعلمها بالرجعة جازت . . . ولكنه مندوب إليه ومستحب ؛ لأنه إذا راجعها ، ولم يعلمها بالرجعة ، فمن الجائز أنها تتزوج عند مضى ثلاث حيض ، ظناً منها أن عدتها قد انقضت ، فكان ترك الإعلام فيه تسبباً إلى عقد حرام ، فاستحب له أن يعلمها ، ولو راجعها ولم يعلمها حتى انقضت مدة عدتها ، وتزوجت بزوج آخر ، ثم جاء زوجها الأول ،

---

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٢٥٣ ، المسألة ١٩٨٦ .

(٢) فتح القدير ، ج ٣ ، ص١٦٢ .

فهى امرأته ، سواء كان دخل بها الثانى ، أو لم يدخل ، ويفرق بينها وبين الثانى ، لأن الرجعة قد صحت بدون علمها ، فتزوجها الثانى وهى امرأة الأول ، فلم يصح[٣] . »

وبالأضافة إلى الإعتبار العملى السابق ثمة اعتباران فنيان يؤيدان رأى ابن حزم أولهما أن الفقهاء قد أجازوا لأنفسهم اشتراط ركنية الإشهاد فى النكاح رغم عدم ورود نص قرآنى به لمجرد أنه يفضى إلى حماية حقوق الغير ، وهو الولد ، فلا عجب إذن إذا ذهب ابن حزم إلى فرض قيد الإعلام على الرجعة ، وهو دون الإشهاد فى الدرجة لحماية حقوق الغير من الهدر والضياع . وفيما عدا ذلك فما دامت الرجعة تتضمن إنشاء النكاح من وجه ، كما يقول الشافعى ، وما دام إنشاء النكاح من كل وجه يتطلب سماع المرأة لإيجاب الرجل ، فكذا إنشاؤه من وجه فى الإرتجاع فإنه يقتضى سماع المرأة لارتجاع الرجل .

كل هذا مع اعترافنا بأن تحويل الرجعة من تعبير ملقى إلى تعبير متلقى يتعارض والضابط الذى وضعه الفقهاء الأحناف للتعبيرات الملقاة وهو أن « تصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير » على أن خروج ابن حزم على هذا الضابط يشفع له فى نظرنا الإعتبارات التى سبق أن أشرنا إليها ، إلى جانب مسايرته نزعة الفقه الإسلامى فى ضمانه لاستقرار التعامل .

الفرع الثالث

الإعلام المنشىء فى تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

٢٠٥ — بعد أن فرغنا من الكلام عن تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة فى الفقه الإسلامى وعن مدى تطبيق هذا الفقه للإعلام المنشىء نتساءل هنا : أيقر تقنينا الجمهورية العربية المتحدة هذا التقسيم ؟ وما هو مدى تطبيقهما للإعلام المنشىء ؟ .

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨١ ، س ٢٣ .

المطلب الأول

الإعلام المنشيء فى التقنين المدنى المصرى

٢٠٦ — يرى سالى أن تقسيم التعبيرات إلى ملق ومتلق هو تقسيم أساسى فى القانون الألمانى وأنه يهيمن فيه على كل تنظيمه للتعبير عن الإرادة بحيث أن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان ملق أو متلق تتدخل فى حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً(١) فهل يقر القانون المدنى المصرى هـذا التقسيم ؟ وما هو مدى تطبيقه للإعلام المنشىء ؟

إن ظاهر المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى التى تنص على أن : « التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه » يشير إلى أن هذا التقسيم ملحوظ . يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية قد أشارت — إبان تعليقها على أصل هذه المادة فى المشروع التمهيدى — إلى أن من بين المصادر المباشرة لهذه المادة ، المادة ١٣٠ من القانون المدنى الألمانى التى تنص على أن « التعبير عن الإرادة الذى يجب توجيهه إلى شخص آخر ، إذا ما وجه فى غياب هذا الأخير ، ينتج أثره وقت وصوله إليه . ولا ينتج التعبير أثره إذا ما وصل إلى الشخص الآخر ، قبل وصول التعبير ، أو وقت وصوله رجوع فيه » .

ويلاحظ هنا أن هذا الاستمداد يجب أن ينظر إليه من زاوية التنظيم المصرى الذى يواجه التصرف القانونى فى نطاق نظرية الإلتزامات ، ويضع أحكام التعبير عن الإرادة فى نطاق عناصر العقد مفترقاً فى ذلك افتراقاً أساسياً عن التنظيم الألمانى الذى يجعل نظرية التصرف القانونى ، لا نظرية الإلتزام ، نقطة انطلاق لتنظيم أحكامه ، ويبسط أحكام التعبير عن الإرادة على كافة العلاقات الإرادية .

ويلاحظ ثانياً أن المادة ١٣٠ لم تأت بحكمها إلا بخصوص نوع واحد من التعبير هو بحسب نص المادة نفسه التعبير الذى يجب أن يوجه إلى شخص آخر La déclaration de volonté qui doit être émise envers un autre

---

(١) سالى ، التعبير عن الإرادة ، ص ٢ و م ١١٦ ، ف ٤ .

وأن المشرع حين اقتبس نص المادة الألمانية ، حذف منها هذا التحديد ، وأجرى حكمه بخصوص التعبير عن الإرادة مطلقاً من كل تحديد ، بل عاماً على كل صورة .. فكأن المشرع يقيم حكما عاماً لجميع أنواع التعبيرات عن الإرادة ويتأكد هذا الإتجاه فى المذكرة الإيضاحية نفسها فهى حين تتحدث عن الإصدار — وهو الوقت الذى ينتج فيه التعبير الملق أثره[1] — لا تعطى له هذا الأثر بل تقول إنه « من الواجب التمييز بين وجود التعبير ، وهذا الوجود يتحقق وقت صدوره ... وبين استكمال هذا التعبير لحكمه ... وهذا لا يتحقق إلا فى الوقت الذى يصل فيه التعبير إلى من وجه إليه[2] . » فالمذكرة حين تتحدث عن الإصدار كما مر لا تفرق بين نوع من التعبير ونوع آخر ، بل هى تعطى لهذه المرحلة حكما واحداً فى جميع الأحوال ، ولا تنيط بها تمام التعبير واستكماله لحكمه فى بعض التعبيرات[3]

ويترتب على هذا الافتراق بين التنظيمين أن يكون مدى المادة ٩١ من القانون المدنى المصرى مغايراً لمدى أصل هذه المادة فى القانون المدنى الألمانى ، وبعبارة أخرى ، يجب أن يفهم نص المادة ٩١ على أنه مقصور على التعبيرات التعاقديه فحسب وأن يكون الأصل فى هذا النوع من التعبيرات ضرورة الإعلام لا انتفائه .

ويؤكد ذلك ما ورد فى المادة ٨٩ التى ذهبت إلى أن كلا من الإيجاب والقبول هو تعبير متلق . وما ورد فى المادة ٩٧ التى ذهبت إلى أن القبول من غائب هو تعبير متلق[4] .

٢٠٧ — هل الإعلام هو القاعدة أم الإستثناء فى التعبيرات غير التعاقدية؟

إن الأصل هنا هو نفس الأصل الذى قررناه فى الفقه الإسلامى . إن القاعدة هى عدم ضرورة الإعلام ، بدليل أن المشرع كان ينص على ضرورة الإعلام فى كل حالة كان يرتأى فيها هذه الضرورة كحالة تنازل الوكيل عن الوكالة[5] وقبول المنتفع فى

(١) راجع ماسبق ، ف ٩٨ ، ص ٨٩ .
(٢) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ١٩ .
(٣) قلادة ، ف ٤٥ ، ص ١٥٠ — ص ١٥١ .
(٤) راجع ماسبق ، ف ١٣٣ و ف ١٣٤ .
(٥) جاء فى المادة ٧١٦ مصرى « أن تنازل الوكيل عن الوكالة لايتم إلا بإعلانه للموكل » .

الإشتراط لمصلحة الغير[1] وحالة الوعد بجائزة فى المشروع التمهيدى[2] ولو كانت ضرورة الإعلام هى القاعدة ، لما كانت بالمشرع حاجة إلى النص على ضرورة الإعلام فى هذه الحالات الخاصة . أضف إلى ذلك أن استلزام الإعلام كما رأينا هو ضرب من الشكلية . ولما كانت الشكلية هى الإستثناء ، فيجب أن تتقرر بنص قانونى ، بحيث إذا ما كان القانون صامتاً فيما يتعلق بتعبير معين ، فإن التعبير لا يكون حينئذ إلا ملقى على أن ماقررناه هنا يجب أن يكون مفهوماً من خلال الفقرة الثانية للمادة الأولى من القانون المدنى التى تنص على أنه « فإذا لم يوجد نص تشريعى يمكن تطبيقه ، حكم القاضى بمقتضى العرف . فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادىء الشريعة الإسلامية ، فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ القانون الطبيعى وقواعد العدالة » .

وبناء على ماتقدم يتعين الرجوع إلى الشريعة الإسلامية لمعرفة ما إذا كان تعبير ما مسكوت عنه هو ملقى أم متلقى [3] .

(١) جاء فى المادة ١٥٥ مصرى : « يجوز للمشترط دون دائنيه أو ورثته أن ينقض المشارطة قبل أن يعلن المنتفع إلى المتعهد أو إلى المشترط رغبته فى الإستفادة منها » ويلاحظ هنا أن إطلاق القانون لتسمية الإعلان على مايقصد به الإعلام هو إطلاق غير دقيق. راجع ما سبق، هامش ف ٨٤ ،ص٧٢.

(٢) جاء فى المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى أن الوعد الإنفرادى يلزم صاحبه « من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه » .

(٣) وعلى ضوء ماتقدم نستعرض فيما يلى موقف الفقه فى الإقليم المصرى من تعبيرين لم ينص القانون على ضرورة الإعلام فيهما هما نقض المشارطة فى الاشتراط لمصلحة الغير ، والإقرار .

يذهب أستاذنا الدكتور السنهورى إلى أن نقض المشارطة هو تعبير متلق . فقد جاء فى كتابه مصادر الحق (جـ ٥ ، ص ٥٩) : « يجب إعلان المتعهد دائماً بالنقض حتى يمتنع عن تنفيذ إلتزامه نحو المنتفع » .

ويرى الدكتور عبد الحى حجازى فى كتابه النظرية العامة للالتزام (ف ٤٧٤ ، ص ٣٧٤) عند موازنته بين الإجارة والإقرار أن الإجازة تعبير ملق والإقرار تعبير متلق دون أن يبين وجه الفرق . ويبدو أن الدكتور أحمد حشمة أبو ستيت قد ارتضى هذه التفرقة واعتمدها فى كتابه نظرية الإلتزام (انظر هامش ف ٢٥٢ ص ٢٦٣) وعندى أنه إذا كان يصح اعتبار نقض المشارطة تعبيراً متلق فليس يصح اعتبار الإقرار تعبيراً متلق ذلك لأن تطلب الإعلام فى نقض المشارطة علته كون هذا النقض من التعبيرات الإستحثاثية التى تدعو المتعهد إلى الإمتناع عن عمل ، وهو يستند إلى دفع الضرر عنه . أما تطلب الإعلام فى الإقرار فهو لايرتكز ، فيما نرى ، على دليل يدعمه بل ثمة من الأدلة مايقضى بنفيه ويؤيد هذا النفى الأسباب الآتية التى تؤكد اعتبار الإقرار — ويسمى إجازة فى الفقه الإسلامى — تعبيراً ملق :

إن الكمال بن همام قد أشار صراحة إلى أن ممارسة المالك خياره فى إقرار عقد الفضولى أو نقضه هو تعبير ملق فقد جاء فى كتابه فتح القدير (جـ ٥ ، ص ١٢٢) : « ومنها خيار المالك فى بيع الفضولى بدون علم المتعاقدين ان عقدهما لا وجود له فى حق المالك ، اذ لا ولاية لهما عليه » . =

٢٠٨ — **تقرير المادة ٩١** : انتهينا مما سبق إلى أن الأصل فى التعبيرات غير التعاقدية أنها ملقاة فهل يتعارض ذلك مع نص المادة ٩١ التى تفيد أن كل تعبير عن الإرادة هو متلقى ؟ الواقع أن منطوق هذه المادة — إذا نظر إليه من خلال المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى — يتعارض مع ما انتهينا إليـــه ، ذلك لأن سريان أحكام العقد على التصرفات القانونية بوجه عام فيما عدا الأحوال التى تتعلق بضرورة وجود إرادتين متطابقتين — وكما تشير إلى ذلك المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى(١) — يجعل شمول المادة ٩١ لكل التعبيرات نتيجة لازمة . الأمر الذى لا يأتلف

وإلى جانب المعيار الشرعى الذى لا يسعف فى اعتبار الإقرار تعبيراً متلقى نجد المعايير الطبيعية تستعصى على تطلب الإعلام فى الإقرار .

(١) إن المعيار الطبيعى الذى يقضى بأن كل مالا يحتاج إلى الرضا لايحتاج للعلم لا يسعف فى تطلب الإعلام فى الإقرار ، ذلك لأنه لا يفتقر إلى رضا الفضولى والمشترى منه . وهو فى هذا كالإجازة فى خيار الشرط فكما أن هذه لاتفتقر إلى الإعلام لعدم افتقارها إلى رضى الآخر فكذلك يجب أن يكون الإقرار .

(٢) إن المعيار الذى يقضى بأن مبنى الإلزام على العلم لا يفيد فى تطلب الإعلام فى الإقرار ذلك لأن الإقرار لا يلزم العاقدين أمراً جديداً شأنه فى ذلك شأن الإجازة فى خيار الشرط (راجع ماسبق ، ف ١٦٠ ، ص ١٤٩)

(٣) وكذلك فإن المعيار الطبيعى الذى يستند إلى طبيعة الحق ومقتضاه كما رأينا أن تصرف الإنسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير لا يسعف فى تطلب الإعلام فى الإقرار بل هو على العكس من ذلك يؤكد انتفاء هذا الإعلام ، لأن المالك يمارس خالص حقه فى الإقرار بدليل أن المال الذى انصب عليه التصرف الموقوف يعود إليه على سبيل الإستقلال ، فمن الطبيعى إذن أن يمنح رب العمل الحق المطلق فى إقرار هذا التصرف دون توقف على علم الغير .

(٤) وأخيراً فإن معيار العدالة لا يسعف فى تطلب الإعلام فى الإقرار ، ذلك لأن المالك إذ يقر التصرف الموقوف لا يلحق أى ضرر بذوى الشأن ذلك لأن الإقرار لا يحملهما أمراً زائداً على ما اتجهت إرادتهما إليه وشأن الأقرار فى هذا كشأن الإجازه فهى أيضا قد أقر الفقهاء انتفاء الإعلام فيها لانتفاء إلحاقها ضرراً بالغير (راجع ماسبق ، ف ١٦٠ ، ص ١٤٩) .

وأخيراً فلئن صرح الفقهاء المسلمون بأن رد المالك لعقد الفضولى هو تعبير ملقى فبالأحرى أن يكون إقرار المالك لعقد الفضولى تعبيراً ملقى لأن الأول إذا كان يحمل طابع الإلزام والإضرار بالمتعاقد مع الفضولى ، لإهدارة تصرفه ، فإن الثانى ليس فيه ما يلزم العاقد الآخر أو يضر به بل فيه نفع لهذا العاقد لأنه يفيد إعمال كلامه وتصحيحه .

(١) إن القواعد العامة للتصرف القانونى ليست إلا قواعد العقد . فأحكام التعبير المنفرد نفسه تستمد من أحكام المصدر الأول ، وعلى هذا نصت المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى ، فطبقاً لها « تسرى على هذا الوعد [الصادر من من جانب واحد] الأحكام الخاصة بالعقود ، إلا مايتعلق منها بضرورة وجود إرادتين متطابقتين » راجع قلادة ف ٥٠ ، ص ٦١ آ .

والأصل الذى انتهينا إليه سابقاً ، والذى قررنا فيه أن التعبير بوجه عام هو ملقى . وينبنى على ذلك أن المادة ٩١ تعتبر مادة مضللة يتوجب حذفها. ولقد أوهمت هذه المادة المشرع نفسه إبان تسويغه لتطاب الإعلام فى الوعد بجائزة – وهو تعبير غير تعاقدى – معتبراً الأصل فى التعبيرات تعاقدية كانت أو غير تعاقدية ، أنها متلقاة[1] على أن حذف هذه المادة ليس يعنى أن المشرع قد عدل عن حكمها ، ذلك لأن هذا الحكم قائم فعلاً فى المادة ٨٩ التى تفيد أن كلا من الإيجاب والقبول هو تعبير متلقى ، والمادة ٩٧ التى تفيد أن القبول من غائب هو تعبير متلقى .

على أننا إذا دعونا إلى حذف المادة ٩١ فليس يعنى ذلك أننا نعترض على حكم المادة ١٣٠ ألمانى (أصل المادة ٩١) ذلك لأن هذا الأصل يخلو من العيوب التى لحقت بالمادة المقتبسة عنه ، والتى مؤداها أن كل تعبير هو متلقى . إن المشرع الألمانى لم يكن يريد أن يقول إن كل تعبير عن الإرادة هو متلقى ، وإنما كل ما كان يريد أن يهدف إليه من وراء سنه المادة ١٣٠ هو تحديد الوقت الذى ينفذ فيه نوع معين من التعبيرات ، هو التعبيرات المتلقاة ، فقد قضت هذه المادة بأن يكون وقت نفاذ هذه التعبيرات هو وقت وصولها إلى المخاطَب بها . وهذا التحديد لا مأخذ عليه ؛ لأنه يتحاشى تعميماً لا يؤيده الواقع

المطلب الثانى

الإعلام المنشىء فى التقنين المدنى السورى

٢٠٩ — إن مدى تطبيق الإعلام المنشىء فى التقنين المدنى السورى هو أضيق منه فى التقنين المدنى المصرى . ويرجع ذلك إلى أن المشرع السورى عند ما اقتبس

---

(١) إن هذه المادة قد ضللت المشرع نفسه حينما علق فى المذكرة الإيضاحية على المادة ٢٢٨ من المشروع التمهيدى التى تفيد أن الوعد بجائزة هو تعبير متلق بقوله : « لا يصبح الوعد الصادر من جانب واحد ملزماً إلا من الوقت الذى يصل فيه إلى علم من وجه إليه ، **شأنه فى ذلك شأن كل تعبير عن الارادة** ، فيجوز العدول عنه بعد صدوره ، متى وصل هذا العدول إلى علم من وجه إليه ، قبل وصول الوعد ذاته ، أو وقت وصوله (المذكرة الإيضاحية ، ص ٣٣٨ ، هامش م ٢٢٨) . » ثم ما لبث المشرع أن عدل عن هذا الحكم فى النص النهائى (م ١٦٢) واعتبر الوعد بجائزة تعبيراً ملقى ، ويقضى هذا النص بأن : من وجه للجمهور وعداً بجائزة يعطيها عن عمل معين التزم بأعطاء الجائزة لمن قام بهذا العمل ، ولو قام به **دون نظر إلى الوعد بالجائزة أو دون علم بها**

القانون المصرى عام ١٩٤٩ حذف منه المادة ٩١ التى تفيد أن كل تعبير عن الإرادة هو تعبير متلقى ، وعدل المادة ٩٧ التى جاء فيها أن القبول هو تعبير متلقى ، جاعلا الأصل فى المادة ٩٨ المقابلة لها انتفاء الإعلام المنشىء فى القبول . ونتساءل هنا ماهى المسوغات التى دعت المشرع السورى إلى هذا التعديل وذاك الإلغاء ؟ وهل يفسر هذا الموقف على أنه هجر لتقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة ؟ وإذا كان إغفال الأخذ بالمادة ٩١ لا يعد نبذاً لهذا التقسيم أفن سبيل إلى سن مادة يلحظ فيها هذا التقسيم بصورة صريحة ؟ فأمامنا إذن ثلاث مسائل للبحث :

٢١٠ — (١) لم تشر المذكرة الإيضاحية فى القانون المدنى السورى إلى المسوغات التى حدت بها إلى الإستغناء عن المادة ٩١ ق . م . م ولعل استبدال المادة ٩٨ ق . م . س الآخذة بنظرية الإعلان بالمادة ٩٧ ق . م . م الآخذة بنظرية العلم هو الذى استتبع من فوره هذا الاستغناء ذلك لأن صيرورة القبول تعبيراً ملقى كما تقضى بذلك المادة ٩٨ ق . م . س قد أدى إلى انخرام القاعدة العامة التى جاءت بهـا المادة ٩١ والقاضية باعتبار كل تعبير تعاقدى إيجاباً كان أو قبولا تعبيراً متلقى . يؤيد ذلك أن المذكرة الإيضاحية للقانون المدنى المصرى ربطت بين الأخذ بنظرية العلم والمبدأ الوارد فى المادة ٩١ بقولها : « وبعد ، فمذهب العلم هو الذى يستقيم دون غيره مع المبدأ القاضى بأن التعبير عن الإرادة ، لا ينتج أثره إلا إذا وصل إلى من وجه إليه ، على نحو يتوفر معه إمكان العلم بمضمونه . »

أما بالنسبة لاستبدال المادة ٩٨ الآخذة بنظرية الإعلان بالمادة ٩٧ الآخذة بنظرية العلم فقد سبق أن أشرنا إلى مسوغاته[١] ونضيف هنا بأن المشرع السورى كان يستند فى حقيقة الأمر إلى رغبته عن نظرية العلم لما يرد عليها من مآخذ جدية سبق أن ألمحنا إليها عند عرضنا لنظرية خيار الطريق[٢] وإننا نرى أن هذه المآخذ هى الأسباب العميقة التى دعت المشرع السورى إلى نبذ نظرية العلم والاستعاضة عنها بنظرية الإعلان . أما ما أشارت إليه المذكرة الإيضاحية من أن كثرة المعاملات الجارية بين سوريا ولبنان[٣] هى التى دعت المشرع السورى إلى الأخذ بنظرية الإعلان

(١) راجع ماسبق ، ف ١٢٧ ، ص ١٣٨ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٣٨ و ما بعدها ، ص ١٢٩ و ما بعدها .

(٣) ونشير هنا إلى أن الباعث الذى حدا بالمشرع السورى إلى الحفاظ على نظرية الإعلان ليس مجرد أخذ لبنان بهذه النظرية بل إن كافة البلاد المجاورة للاقليم السورى (ماعدا العراق) تأخذ بها . وكذا كافة البلاد العربية الأخرى (ماعدا ليبيا) . انظر المادة ٢٨ من القانون التونسى والمادة ٢٤ من القانون المراكشى .

التى أخذ بها القطر اللبنانى فهو فى رأينا ليس سوى تسويغ ظاهرى لم يشأ المشرع السورى أن يبين معه حقيقة الدوافع التى دعته إلى مخالفة التشريع الذى جعل منه مَعيناً لأحكامه .

٢١١ — (٢) ونتساءل هنا أيعنى حذف المادة ٩١ إغفال تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة فى التقنين المدنى السورى ؟

الواقع أن إغفال الأخذ بالمادة ٩١ ليس يعنى إغفال تقسيم التعبيرات إلى تعبيرات ملقاة وتعبيرات متلقاة ذلك لأن هذا التقسيم كما سبق أن أشرنا هو تقسيم تفرضه طبائع التعبيرات[1] ويترتب على ذلك أن تعبيراً ما إذا ما تطلب القانون إعلامه إلى المخاطَب به كعزل الوكيل (م ٦٨٢ مدنى سورى) يعتبر باطلا إذا ما تخلف إعلامه إلى المخاطَب به وعلى العكس من ذلك ، فإذا ما أغفل القانون تطلب إعلام تعبير ما إلى المخاطَب به كالإجازة مثلا ، فإن هذا التعبير يعتبر نافذاً بمجرد صدوره ، وحتى لو اعتقد المجيز أنه لا ينفذ إلا عند ما يتصل بعلم من وجه إليه ويكون الإعلام فى هذه الحالة إيذاناً بواقعة هى التصرف القانونى التام السابق له .

٢١٢ — (٣) على أن المشرع السورى إذ كان على حق فى حذفه للمادة ٩١ التى لا تعبر تعبيراً سليما عن الغرض الأساسى فى تشريع أصلها فى التقنين الألمانى ، وإذ كان هذا الحذف لم يفد فى إغفال هذا المشرع لهذه التفرقة ، فإنه ليغدو من المفيد فى نظرنا أن يخصص المشرع مادة خاصة لهذه التفرقة تحل محل المادة ٩١ ، مراعياً فيها تحديد وقت نفاذ كل نوع من نوعى التعبيرات على نهج المـادة ١٣٠ من القانون الألمانى ومؤكداً فيها احتفاله صراحة بالتفرقة الجوهرية التى سبق أن أشرنا إلى أن واقع التعبيرات يشير إليها ضمناً . ويؤيد دعوتنا إلى الإشارة إلى هذا التقسيم الجديد أمور ثلاث :

---

(١) راجع ماسبق، هامش ف ٨٧، ص ٧٦. وانظر الترجمة الرسمية للقانون الألمانى (ج ١، ص ١٢٠) إذ تقول : « فالواقع أن التفرقة التى تجريها المادة ١٣٠ ألمانى ... ليست إلا تقريراً لمجموعتين من الظواهر القانونية الموجودة بذاتها . والنتائج التى استخلصها القانون الألمانى هى نتائج تترتب على طبيعة التعبير نفسه ، وتتفق مع جوهره ، بحيث أن التحليل العلمى وحده كان يكفى للكشف عنها . واعتبار التعبير متلق أو ملق يتوقف على طبيعة التعبير الداخلية » .

أولا : إن التعبيرات التعاقدية فى القانون المدنى السورى ليست كلها متلقاة بل منها المتلقى وهو الإيجاب ومنها الملقى وهو القبول .

ثانياً : إن هذا التقسيم ، وهو يهدف إلى بيان وقت تمام التعبيرات ، لا يقل أهمية عن تقسيم التعبيرات إلى صريحة وضمنية المتضمن تحديد دلالة التعبير على مضمونه الداخلى[1] . ولئن كان المشرع قد أشار صراحة إلى هذه التفرقة الأخيرة وهى تتعلق بمسألة شكلية question de forme فما من داع فى نظرنا لإغفال الإشارة إلى التفرقة الأولى مادامت هذه التفرقة تحل مشكلة كمية الركن المادى question de quantité ومادامت أهميتها لا تقل عن الأولى ، بل إن هذه الأهمية قد دعت سالى إلى القول إن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان ملقى أو متلقى تتدخل فى حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً[2] .

ثالثاً : إن الإشارة إلى التفرقة الخاصة بالتوجيه إلى جانب تجريدها لتفرقة فعلية للتعبيرات المبثوثة فى القانون ، وإعرابها عن حكم فقهى لا خلاف فيه — تفضى إلى نتيجة قانونية هامة تدعونا إلى إدراجها فى صلب القانون ؛ ذلك لأنه إذا اتفق طرفان أو اشترط القانون أن يكون التعبير عن الإرادة متلقى فلا يجوز عندها الإعتداد بهذا التعبير إذا تخلف فيه الإعلام المشروط قانوناً أو اتفاقاً .

وبناء على ما تقدم نقترح إضافة المادة التالية إلى القانون المدنى السورى على أن يكون مكانها تالياً للمادة ٩٣ المشيرة إلى التفرقة بين التعبيرات الصريحة والضمنية :

« التعبير عن الإرادة إما أن يكون ملق ينتج أثره بمجرد صدوره وإما أن يكون متلقى لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ويعتبر الوصول فى هذه الحالة قرينة على العلم بالتعبير ما لم يقم الدليل على عكس ذلك » .

---

(١) والواقع أن التقسيمين يمثلان فى النظام القانونى بغير اختلاط ولا امتزاج ولا تغيير . ويوجد الواحد منهما قبالة الآخر ، يجاوره وينضم إليه ولا يطغى على نطاقه بحيث إن التعبير يوصف بوصفين كل منهما من تقسيم فالتعبير الصريح قد يكون ملق أو متلق كذلك الضمنى راجع قلادة ف ٤٧ و دو لاموت ف ١٧٧ و ١٨٤ .

(٢) وتظهر ضرورة التقسيمين واستقلالهما فى المشروع الأول من القانون الألمانى ، فلقد كان ذلك المشروع ينص صراحة على تقسيم التعبير إلى صريح وضمنى . وكان يستخلص منه بعض النتائج التى تتعلق بالتقسيم الأخر إلى متلق وملق فكان المشرع يكتفى إذا كان التعبير صريحاً أن يصل إلى الموجه إليه كى ينتج أثره . أما إذا كان التعبير ضمنياً فإن القانون يستلزم إلى ذلك ، ضرورة العلم الحقيقى قلاده ص ١٥٤ ، سالى ، التعبير ؛ ف ٣ ، ف ٥٩ .

الباب الثاني

طرق التعبير عن الإرادة

نظرية اللفظية

٢١٣ — عرفنا سابقاً أن الركن المادى للتعبير إما أن يقتصر على إظهار الإرادة، وهذا هو شأن التعبير الملقى . وإما أن ينتظم بالإضافة إلى هذا الإظهار إعلام الإرادة إلى المخاطَب ، وهذا هو شأن التعبير المتلقى . وننتقل الآن إلى دراسة طرق التعبير عن الإرادة التي يتبدّى فيها هذا الركن المادى فى العالم الخارجى .

ويلاحظ هنا أن اللفظ يحظى بالمكان الأهم بين هذه الطرق ، الأمر الذى دعا بعض الباحثين إلى القول بأن الفقه الإسلامى عرف نوعاً خاصاً من الشكلية أسماه اللفظية[1] . هذا ولما كان مدى هذه اللفظية مسألة خلافية ، فقد تعين علينا أن نتبين وجه الصواب فيها على ضوء استعراض كافة طرق التعبير . ويقدم لنا هذا الإستعراض فائدة مزدوجة : فهو يعرفنا من جهة على حقيقة الدور الذى يقوم به اللفظ كوسيلة للتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامي ، وهو من جهة أخرى يمهد لنا دراستنا القادمة لنظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى ، ذلك لأن « اللفظية والإرادة الظاهرة — كما يقول أستاذنا السنهورى — تمتزجان فى صيغة العقد[2] . »

ونبحث فى الفصلين التاليين :

(١) التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

(٢) التعبير عن الإرادة باللفظ

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية لدكتور شفيق شحاته ، ف ١٣٤ ، ص ١٣١ .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٥ .

الفصل الأول

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

٢١٤ — إن مظاهر التعبير غير اللفظية هي (١) الكتابة . (٢) الإشارة . (٣) اتخاذ أي موقف آخر يدل على الرضا. ونستعرض فيما يلي كلاً من هذا المظاهر .

المبحث الأول

الكتابة

٢١٥ — للكتابة في الفقه الإسلامي دور ثانوي بالنسبة للفظ في مجال التعبير عن الإرادة . أما في مجال الإثبات فهي تكاد تكون معدومة القيمة ؛ ذلك لأن الشهادة في هذا المجال هي الدليل الأصيل ، وليس للكتابة أن تقوم منها مقام البديل . وسنبحث فيما يلي أنواع الكتابة ، ومدى تعويل الأنظار الفقهية عليها كوسيلة للتعبير .

الفرع الأول

أنواع الكتابة

٢١٦ — الكتابة على ثلاثة أنواع في الفقه الإسلامي : كتابة غير مستبينة وكتابة مستبينة وكتابة مرسومة .

(١) **الكتابة غير المستبينة** : يقصد بالكتابة غير المستبينة ما ليس لها بقاء بعد الانتهاء منها ، كالكتابة في الهواء وعلى الماء ، إذ لا يستطاع قراءتها ولا فهمها .

ويذهب الرأي السائد في الفقه الإسلامي إلى إغفال التعبيرات التي تكتب على هذه الصورة واعتبارها في حكم العدم . جاء في البدائع : « وإن كتب كتابة غير مستبينة بأن كتب على الماء ، أو على الهواء ، فذلك ليس بشيء ، حتى لا يقع به الطلاق ، وإن نوى ، لأن مالا يستبين به الحروف ، لا يسمى كتابة ، فكان ملحقاً

بالعدم[1] » على أن قلة من الفقهاء ، كالبكرى والشعبى ، قد ذهبت إلى وجوب الإعتداد شرعاً بهذا النوع من التعبيرات وحجتهم فى ذلك أن صاحب التعبير فى هذه الحالة قد كتب حروف تعبيره ، فكان كما لو كتبها بشىء يبين[2] .

(٢) **الكتابة المستبينة** : يقصد بالكتابة المستبينة مالها بقاء بعد الفراغ منها ويستطاع قراءتها ، كالكتابة على الورق أو على اللوح . ويذهب الرأى السائد فى الفقه الإسلامى إلى اعتبار التعبيرات المكتوبة على هذه الصورة تعبيرات غير قاطعة على وجود إرادة الإلتزام ، وهو لذلك يعتبرها تعبيرات كنائية ، يعول فيها على الإرادة الباطنة لا الإرادة الظاهرة . جاء فى البدائع : « وأما النوع الثانى فهو أن يكتب على قرطاس أو لوح أو حائط كتابة مستبينة لكن لا على وجه المخاطبة « امرأته طالق » فيسأل عن نيته . فإن قال : نويت الطلاق ، وقع . وإن قال : لم أنو به الطلاق ، صدق فى القضاء ، لأن الكتابة على هذا الوجه بمنزلة الكناية ، لأن الإنسان قد يكتب على هذا الوجه ، ويريد به الطلاق ، وقد يكتب لتجويد الخط ، فلا يحمل على الطلاق إلا بالنية[3] » .

(٣) **الكتابة المرسومة** : يقصد بالكتابة المرسومة ، أى المعنونة ، ما كانت على وجه الرسالة والخطاب وذلك كأن يكتب إلى زوجته : يا فلانة أنت طالق . أو كأن يكتب الموجب إلى الموجب إليه : يا فلان إنى اشتريت منك كذا بكذا . ويعول الفقهاء عادة فى هذا النوع من التعبيرات على الإرادة الظاهرة ، وسواء اتجهت إرادة صاحبها إلى إحداث الأثر الشرعى أم لم تتجه ، ويستندون فى هذا إلى أن توجيه هذه التعبيرات المرسومة يرفعها إلى مصاف الخطاب الذى لاشك فى وجوب الإعتداد به . ويقول الكاسانى فى هذا المعنى : « وإن كتب كتابة مرسومة على طريق الخطاب والرسالة مثل أن يكتب : أما بعد ، يا فلانة ، فأنت طالق . . . يقع به الطلاق ، ولو قال : ماأردت به الطلاق أصلا ، لايصدق ... لأن الكتابة المرسومة جارية مجرى الخطاب ،

---

(١) البدائع ، ﺣ ٣ ، ص ١٠٩ ، س ١ .
(٢) فرق النكاح ، للأستاذ على الخفيف ، ص ١٠٤ .
(٣) البدائع ، المرجع السابق .

ألا ترى أن رسول‌الله صلى الله عليه وسلم كان يبلغ بالخطاب مرة ، وبالكتاب أخرى ، وبالرسول ثالثاً . وكان التبليغ بالكتاب والرسول كالتبليغ بالخطاب ، فدل أن الكتابة المرسومة بمنزلة الخطاب ، فصار كأنه خاطبها بالطلاق عند الحضرة ، فقال لها : أنت طالق . أو أرسل إليها رسولا بالطلاق عند الغيبة ، فإذا قال : ما أردت به الطلاق ، فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره ، فلا يصدق[1] » .

الفرع الثانى

الكتابة كأداة للتعبير فى رأى الفقهاء

٢١٧ — ليس الفقهاء على اتفاق فى مدى الإعتداد بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى بل منهم الموسِّع على العاقد فى استعماله لهذه الأداة ومنهم المضيِّق . على أن إجماع الفقهاء قد انعقد على إبعاد الكتابة كوسيلة للتعبير عن الإرادة حالة التعاقد بين حاضرين فى عقد النكاح .

المطلب الأول

الكتابة فى العقود

§ ١ — التعاقد بين الحاضرين

٢١٨ — سلف أن أشرنا إلى أن الكتابة لا تصلح أداة للتعاقد بين حاضرين فى عقد النكاح ونضيف هنا أن الباعث الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى حرمان المتعاقدين الحاضرين من التعاقد بالكتابة فى عقد النكاح هو التزامه السبيل الأحوط فى تنظيمه لشرائط هذا العقد .

وهذا المسلك هو الذى دعا الفقهاء إلى إلزام المتناكحين القادرين على النطق باستعمال اللفظ ، الطريق الأمثل فى نظرهم ، للتعبير عن الإرادة .

أما فى غير النكاح فإن الفقهاء قد ذهبوا مذهبين فى نظرتهم إلى الكتابة ، فمنهم من اعتبرها نداً للفظ ، فأجاز التعاقد بها مطلقاً ، وهم المالكية والحنابلة ، ويشير

(١) البدائع ، المرجع السابق .

صاحب الشرح الكبير إلى هذا الرأى بقوله : « وينعقد [العقد] بما يدل على الرضا من قول أو كتابة أو إشارة منهما ، أو من أحدهما[1] » .

ومنهم من اعتبر الكتابة وسيلة احتياطية ، تقوم مقام اللفظ إذا حال دونه عارض وهم الشافعية والأحناف . ويشير صاحب البحر الزخار إلى هذا الرأى المضيق بقوله : « قول للشافعى : تصح الكتابة فى حق الغائب ، للمادة ، لا الحاضر[2] » .

§ ٢ — التعاقد بين الغائبين

٢١٩ — ثمة رأيان فى الفقه الإسلامى فى صدد التعاقد بين الغائبين بالمكاتبة : رأى مضيق يمنعه ، ورأى موسع يجيزه .

٢٢٠ — (ا) **الرأى المضيق** : يذهب الرأى الأصح فى المذهب الشافعى إلى منع التعاقد بين الغائبين بالكتابة . ويستند فى منعه هذا إلى أن لا ضرورة تبيح العدول عن اللفظ كأداة مفضلة للتعبير عن الإرادة ما دام الوكيل يستطيع أن يقوم بإبرام العقد لفظاً بالنيابة عن الموجب الأصيل الغائب .

ويقول الشيرازى فى هذا المعنى : « وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة . ففيه وجهان : أحدهما ينعقد البيع لأنه موضع ضرورة ، والثانى لا ينعقد ، وهو الصحيح . لأنه قادر على النطق ، فلا ينعقد البيع بغيره ، وقول القائل الأول أنه موضع ضرورة لا يصح ، لأنه يمكنه أن يوكل من يبيعه بالقول[3] » . وواضح من كلام الشيرازى أن القول المرجوح فى المذهب الشافعى هو القول الذى يتفق مع الرأى الموسع الذى يقول به الجمهور . ويلاحظ هنا أن الفقيه الشافعى السبكى يقول بالرأى المرجوح . جاء فى نهاية المحتاج للرملى : « والكتابة لا على مائع أو هواء كناية فينعقد بها البيع ، ولو لحاضر ، كما رجحه السبكى ، فليقبل فوراً عند علمه[4] » . وأشار البجيرمى إلى هذا الرأى بقوله : « ولو كتب إلى غائب ببيع أو غيره ، صح . ويشترط قبول المكتوب إليه عند وقوفه على الكتاب[5] » .

---

(١) حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير ، جـ ٣ ، ص ٣ .

(٢) البحر الزخار ، ص ١٦١ .

(٣) المهذب ، جـ ١ ، ص ٢٥٧ .

(٤) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٣ ، ص ٨ .

(٥) حاشية البجيرمى على المنهاج ، المرجع السابق .

ونشير هنا إلى أن اتجاه الرأى الراجح فى المذهب الشافعى إلى هجر الكتابة كأداة للتعبير يخفى وراءه كما سنرى، فى أكثر من موضع، ولع هذا الفقه باللفظ ولعاً لم تضارعه فيه بقية المذاهب.

٢٢١ — الاعتراض على الرأى المضيق: فنّد السرخسى فى مبسوطه دعوى المانعين من التعاقد بالكتابة محتجاً بعمل الرسول فى تبليغه الرسالة الإسلامية إذ يقول: « وكان الحسن بن على رحمه الله تعالى يقول: لا ينعقد النكاح بالكتاب لعظم خطر أمر النكاح، وهذا فاسد. فإن رسول الله صلى الله عليه وسلم كان مأموراً بتبليغ الرسالة بقوله تعالى « يأأيها الرسول بلّغ » وقد بلّغ تارة بالكتاب، وتارة باللسان، فإنه كتب إلى ملوك الآفاق يدعوهم إلى الدين، وكان ذلك تبليغاً تاماً. فكذلك فى عقد النكاح، الكتاب بمنزلة الخطاب [1] ».

٢٢٢ — (ب) الرأى الموسع: يذهب الجمهور فى الفقه الإسلامى إلى الاعتداد بالكتابة كأداة للتعبير عن الإرادة فى التعاقد بين الغائبين، ويستند فى ذلك إلى القياس وإلى أدلة نقلية واعتبارات عملية.

أما القياس فنجده مبثوثاً فى نصوص الفقهاء فقد جاء فى المبسوط: « الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنا، فإن الكتاب له حروف ومفهوم، يؤدى عن معنى معلوم، فهو بمنزلة الخطاب من الحاضر » وجاء فى الهداية: « الكتاب كالخطاب » وجاء فى الفتاوى الهندية: « الكتابة من الغائب بمنزلة الخطاب من الحاضر » وجاء فى البدائع: « وأما الكتابة فهى أن يكتب رجل « أما بعد، فقد بعت عبدى فلاناً منك بكذا » فبلغه الكتاب، فقال فى مجلسه اشتريت. لأن خطاب الغائب كتابه، فكأنما حضر بنفسه، وخاطب بالإيجاب، وقبل الآخر فى المجلس [2]. » [3].

أما الأثر فقد أشار إليه صاحب المبسوط بقوله: « والأصل فيه أن النبى صلى

(١) المبسوط، ج ٥، ص ١٥، س ٢٣.
(٢) البدائع، ج ٥، ص ١٣٨.
(٣) وجاء فى مرشد الحيران م ٢٥٢: « كما ينعقد البيع بالإيجاب والقبول خطاباً، يصح انعقاده بهما تحريراً أو مكاتبة »

الله عليه وسلم كتب إلى النجاشي يخطب أم حبيبة رضي الله عنها ، فزوجها النجاشي منه . وكان هو وليها بالسلطة . وروى أنه زوجها منه قبل أن يكتب به رسول الله صلى الله عليه وسلم . فأجاز الرسول صلى الله عليه وسلم كتابه ، وكلاهما حجة لنا على أن النكاح تلحقه الإجازة ، وأن الخطبة بالكتاب تصح [1] » .

وأما الإعتبارات العملية فقد أشار إليها صاحب المهذب بقوله : « وإن كتب رجل إلى رجل ببيع سلعة ، ففيه وجهان ، أحدهما ينعقد ، لأنه موضع ضرورة [2] » .

٢٢٣ — خصوصيتا عقد النكاح بالكتابة : ونشير هنا إلى أمرين انفرد بهما التعاقد بين غائبين بالمكاتبة فى عقد النكاح لدى أنصار هذ الرأى الموسع .

أولها : إن الفقه الإسلامى ، إمعاناً منه فى الحرص على التعبير عن طريق اللفظ فى عقد النكاح ، لم يسمح بالكتابة كوسيلة للتعبير فيه حال التعاقد بين الغائبين إلا فى أحد شطريه وهو الإيجاب فقط ؛ أما القبول ، فيخضع للقاعدة العامة وهى لفظية التعبير التعاقدى فى عقد النكاح . وندعم ماذهبنا إليه بنصين فقهيين أحدهما من المبسوط وثانيهما من رد المحتار .

قال السرخسى ، بعد أن أورد دليلين على صحة انعقاد النكاح بالكتابة ، فى النص الذى نقلناه آنفاً عن المبسوط : « وكلاهما حجة لنا على أن الخطبة بالكتاب تصح وهذا لأن الكتاب ممن نأى كالخطاب ممن دنى [3] » .

وجاء فى رد المحتار : « فلو كتب : تزوجتك : فكتبت : قبلت . لم ينعقد ، بحر . والأظهر أن يقول . فقالت : قبلت الخ . إذ الكتابة من الطرفين بلا قول لا تكفى ، ولو فى الغيبة ، تأمل ! [4] »

ويلاحظ أن النصين السالفين يشيران إلى جواز استعمال الكتابة فى إيجاب النكاح دون قبوله . ونستطيع أن نقول فى توجيه هذه الخصوصية أنه ما دامت العلة

(١) المبسوط ، المرجع السابق .
(٢) المهذب ، جـ ١ ، ص ٢٥٧ .
(٣) المبسوط ، المرجع السابق .
(٤) رد المحتار ، جـ ٢ ، ص ٢٧٢ ، س ١٨ .

فى إباحة الفقه الإسلامى الخروج عن القاعدة العامة المانعة للتعاقد بغير اللفظ فى عقد النكاح ، وتجوزه الكتابة فى الإيجاب لغائب ، هى بعد الموجه إليه التعبير ، فقد وجب أن تقدر الضرورة بقدرها ، وأن لا يسمح بهذه الكتابة فى تعبير القابل لتخلف الضرورة التى اقتضت ذاك السماح . أضف إلى ذلك أن اشتراط سماع الشاهدين لتعبيرى الإيجاب والقبول يحتم لفظية هذا القبول بعد تلاوة الإيجاب .

أما عقد البيع الذى قبلت فيه نيابة الكتابة عن اللفظ فى التعاقد بين الحاضرين فى بعض المذاهب ، وقررت أصالتها فى المذاهب الأخرى فيبدو الفقه الإسلامى فى حالة التعاقد بين الغائبين كتابة أقل تشدداً منه فى عقد النكاح ، ذلك لأن الكتابة جائزة فى البيع فى شطرى العقد [١] .

وثانيهما ، إن مجلس العقد فى حالة التعاقد بين الغائبين فى النكاح ، لا ينحصر فى ساعة وصول الكتاب كما هو الحال فى عقد البيع ، بل يتراخى إلى وقت آخر ، يرى فيه الموجه اليه التعبير [أو الموجه اليها التعبير] أن يقبل [أو أن تقبل] العرض الموجود فى الكتاب ولقد سبق أن أشرنا الى هذه الخصوصية عند بحثنا فى نظرية خيار الطريق [٢] .

المطلب الثانى

الكتابة فى التصرفات الآحادية

٢٧٤ — ليس الفقهاء على اتفاق فى صدد صلوح الكتابة كأداة للتعبير فى التصرفات الآحادية ، بل منهم المضيق ومنهم الموسع .

(١) راجع ماسبق ف ١٢٨ ، ص ١١٩ . ويلاحظ هنا أن الدكتور السنهورى قد أشار إلى جواز انعقاد العقد بالكتابة من الجانبين دون أن يشير إلى ما انفرد به عقد النكاح من تجويز للكتابة فى الإيجاب فحسب . جاء فى كتابه مصادر الحق (ج ٢ ، ص ١٠١) . « ويجوز أن ينعقد العقد بالكتابة من الجانبين » ولقد كان من الممكن حمل كلمة العقد الواردة فى هذا النص على عقد البيع — بالاستناد إلى ماذكره المؤلف فى تمهيد كتابه من أن بحثه ينحصر فى الحقوق ذات القيمة المالية،وأنه لايدخل فى بحثه الحقوق المتعلقة بالأشخاص (المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١) — لولا أنه قدأعقب جملته السابقة بالاستثناء الذى خص به فقهاء الأحناف عقد النكاح فيما يتعلق بمجلس العقد والذى جاء فيه « أن العاقد الآخر إذا لم يجب فى أول مجلس لبلوغ الكتاب ، فالكتاب باق ، بحيث إذا قرئ فى مجلس ثان ، فقبل العاقد الآخر ، انعقد العقد » .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٥٠ ، ص ١٤٠ .

فإن ابن حزم مثلا لا يرى إيقاع الطلاق بالكتابة . فمن كتب إلى امرأته بالطلاق فليس بشيء ؛ لأن اسم التطليق الوارد فى الكتاب الكريم إنما يقع على اللفظ لا على الكتابة [1] .

وتجنح مذاهب الشيعة ، تبعاً لاشتراطها الإشهاد فى الطلاق ، إلى التضييق على المطلق فى استعمال الكتابة فالشيعة الجعفرية مثلا يرون أن الطلاق لا يقع بالكتابة إلا إذا كان المطلق عاجزا عن النطق سواء أكان حاضراً أو غائباً [2] ويرى مذهب الزيدية عدم وقوع الطلاق بالكتابة غير المرسومة لعدم دلالتها على طلاق زوجة الكاتب إذ لا إضافة فيها [3] .

وللشافعية وجهان فى صدد صلوح الكتابة للتعبير عن الطلاق أحدهما مضيق يرى قصر استعمال الكتابة على طلاق الغائبة نظراً لتعذر استعمال اللفظ ، الأداة الأصلية للتعبير فى هذه الحالة ، والآخر موسع يرى إيقاع الطلاق المكتوب وسواء أصدر من حاضر أو غائب ، كاللفظ ؛ ما دام التعبير فى هاتين الحالتين معتبراً كناية .

وقد أشار صاحب البحر الزخار إلى الرأى المضيق واعترض عليه إذ يقول : « ويصح الطلاق بالكتابة لقيامها مقام اللفظ لاشتراكهما فى المواضعة — أحد قولى الشافعى — لا ، حتى ينطق بما كتب ، كما لا تجزىء إشارة القادر على النطق . قلنا : أجراها صلى الله عليه وسلم مجرى الخطاب إذ كان يكتب إلى من بعد عنه ، فوجب امتثاله لخطابه . ثم هى حروف مترتبة منظومة ، فأشبه الكلام بخلاف الإشارة ... وهى كناية لا صريح لاحتمالها الحكاية ، وتجويد الخط ، فاعتبرت النية [4] » .

أما الأحناف فلا يفرقون بين التعبيرات التعاقدية والتعبيرات الآحادية ففى كليهما يعتد بالتعبير الكتابى إذا كان مستبيناً أو مرسوماً ويعول على الإرادة الباطنة فى الحالة الأولى والإرادة الظاهرة فى الحالة الثانية .

---

(١) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ١٩٦ .
(٢) فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ١٠٦ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٠٤ .
(٤) البحر الزخار ، ص ١٦١ .

جاء فى البدائع : « وأما ما يقوم مقام اللفظ فى الدلالة على العتق ، فالكتابة المستبينة ، لأنها فى الدلالة على المراد بمنزلة اللفظ إلا أن فيها ضرب استتار وإبهام ، لأن الإنسان قد يكتب لإرادة العتق ، وقد يكتب لتجويد الخط ، فالتحق بسائر الكنايات ، فافتقر إلى النية [1] » .

وجاء أيضاً : « وكذا التكلم بالظهار ليس بشرط حتى يصير مظاهراً بالكتابة المستبينة [2] » .

أما المالكية فقد كانوا أكثر المذاهب توسعاً فى الاعتداد بالكتابة حتى أنهم أوقعوا الطلاق المكتوب بمجرد صدوره حتى ولو تخلفت فيه إرادة الأثر وإرادة الإعلام مادام هذا الكتاب قد وصل إلى المخاطبة به بعد ذلك .

ولعل هذا المذهب يقيم الطلاق فى هذه الحالة على أساس الإرادة الظاهرة أو على أساس استقلال التعبير عن صاحبه ذلك لأنه لا يحفل بوجود إرادة الطلاق عند اصدار المطلق تعبيره [3] .

جاء فى فرق النكاح : « كما يقع كذلك إذا كتبه غير ناو للطلاق ، بل كتبه متردداً ، أو على أن يستشير فيه — إذا وصل إليها الكتاب بعد ذلك ، ولو بغير اختياره ، فإن لم يصل إليها فلا يقع وإذا لم تكن له نية أصلا عند كتابته — اعتبر ناوياً له عند ابن رشد ، حملا له على ذلك سدا للذريعة ، فيلزم الطلاق بمجرد كتابته [4] » .

---

(١) البدائع ، جـ ٤ ص ٥٣ ، س ٣٣ .
(٢) البدائع ، جـ ٣ ، ص ٢٣١ .
(٣) راجع الشرح الكبير للدردير وحاشية الدسوقى ، جـ ٢ ، ص ٣٨٤ . والعدوى على الخرشى ، جـ ٤ ، ص ٥٧ .
(٤) فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ١٠٥ — ص ١٠٦ .

المبحث الثانى

الإشارة

٢٢٥ — أجمع الفقه الإسلامى على اعتبار الإشارة وسيلة أصلية للتعبير عن الإرادة لدى الأخرس . وهو فى إجماعه هذا قد سبق الشرائع الأخرى التى حرمته من أهلية التعاقد[1] على أن الفقهاء إذا انعقد إجماعهم على التعويل على إشارة الأخرس ، فهم فى موقفهم من الاعتداد بإشارة الناطق مختلفون . ونتكلم فيما يلى عن :

(١) إشارة الأخرس . (٢) إشارة غير الأخرس .

الفرع الأول

إشارة الأخرس

٢٢٦ — *صور الأخرس* :الآفة النطقية فى عرف الفقهاء على مراتب ثلاثة ، فصاحبها إما أن يكون «مصمت» وهو الذى اعتقل لسانه لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم . وإما أن يكون « أعجم » وهو الذى يسمع ولا يتكلم . وإما أن يكون « أخرس » وهو الذى يجمع بين الصمم والعجمة . ويبدو أن هذه المراتب الثلاثة جميعاً مشمولة بالترخيص الذى أباح به الفقهاء للأخرس التعاقد بالإشارة . فقد جاء فى المنتزع المختار : « والبيع والشراء يصحان من المصمت ، وهو الذى اعتقل لسانه من الكلام لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم ، ويصحان من الأخرس ، وهو الذى يجمع بين الصمم والعجمة ، والأعجم الذى يسمع ولا يتكلم ، فتصح عقودهم كلها بالإشارة التى يفهم بها مراده . فأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها[2] . »

ونعرض فيما يلى لحالتى الخرس الأصلى والخرس العارض فنتكلم عن :

(١) إشارة الأخرس . (٢) إشارة المصمت .

---

(١) راجع كتاب المقارنات والمقابلات لمحمد حافظ صبرى ، م ١٦٥ ، ص ١٣٥ ، حيث يشير المؤلف إلى أنه فى الشريعة الإسرائيلية « ليس للصم البكم ... أهلية التعاقد والتصرف » .

(٢) المنتزع المختار ، ج ٣ ، ص ٩ .

المطلب الأول

إشارة الأخرس

٢٢٧ — **شرائط الإشارة** : يشترط لصحة الإشارة نوعان من الشرائط : عام وخاص .

أما الشريطة العامة فهى أن تكون الإشارة مفهومة . وقد أشارت كتب الأحناف والحنابلة إلى هذه الشريطة دون أن تحدد ضابطاً للإفهام الأمر الذى يستخلص منه أن هذه المذاهب تشترط فى الإشارة الصراحة ، وتأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، ولا معتبر لديها بالإرادة الباطنة لدى الأخرس إذا كانت إشارته غير مفهومة ، إذ هى لاتعتد بالإشارة الكنائية . جاء فى البدائع : « يجوز بيع الأخرس وشراؤه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك[1] . » وفى الأشباه والنظائر : « ولابد فى إشارة الأخرس أن تكون مفهومة وإلا لا تعتبر[2] . » وفى المغنى : « وأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها . . . وإن لم تفهم إشارته لم يصح منه[3] . » وفى قواعد المجلة : « الإشارة المعهودة للأخرس كالبيان باللسان[4] . »

أما المذهب الشافعى فقد عنى بوجه خاص بتحديد ضابط للإفهام فى إشارة الأخرس ، وميّز بين إشارة صريحة يفهمها الفطن ، ويؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة . وإشارة كناية يفهمها الرجل الوسطى من الناس ، ويؤخذ فيها بالإرادة الباطنة .

وقضى فى حالة الإشارة الكناية — أن تقوم إشارة أخرى لاحقة تحدد المراد منها . ونورد فيما يلى نصوصاً من المذهب الشافعى توضح ما سبق :

جاء فى نهاية المحتاج للرملى : « إن فهمها [الإشارة] كل أحد فصريحة ، أو الفطن وحده فكناية ، وحينئذ فيحتاج إلى إشارة أخرى[5] . » وجاء أيضاً : « وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التى لايختص بفهمها الفطن[6] . »

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٣٥ ، س ٣٠ .

(٢) الأشباه والنظائر ، ص ١٨٨ .

(٣) المغنى ، جـ ٧ ، ص ٤٣٠ ، س ٨ .

(٤) مجلة الأحكام العدلية ، م ٧٠ .

(٥) نهاية المحتاج للرملى ، جـ ٣ ، ص ١١ ، س ٧ .

(٦) المرجع السابق ، جـ ٥ ، ص ١٦٣ ، س ١٢ .

وفى الأشباه والنظائر للسيوطى : « إشارته [الأخرس] منقسمة إلى صريحة مغنية عن النية ، وهى التى يفهم منها المقصودَ كلُّ واقف عليها . وإلى كناية مفتقرة إلى النية ، وهى التى يختص بفهم المقصود بها المخصوصُ بالفطنة والذكاء[1] . »

أما الشرائط الخاصة فتختلف حسب طبيعة التعبير :

فإذا كانت الإشارة تعبيراً تعاقدياً فى عقد النكاح وجب أن تكون تعبيراً متلقى ، ومفهوماً من الشاهدين . وإلى هذا أشار صاحب المغنى إذ يقول : « ولأن النكاح عقد بين شخصين لابد من فهم كل واحد منهما ما يصدر من صاحبه ، ولوفهم ذلك صاحبه العاقد معه ، لم يصح ، حتى يفهم الشهود أيضاً ، لأن الشهادة شرط ، ولا يصح على مالا يفهم[2] . »

وإذا كانت الإشارة تعبيراً عن إرادة الطلاق وجب أن تكون مقرونة بصوت من المطلِّق الأخرس .

جاء فى فتح القدير : « ولا يخفى أن المراد بالإشارة التى يقع بها طلاقه ، الإشارة المقرونة بتصويت منه ، لأن العادة منه فى ذلك ، فكانت بياناً لما أجمله الأخرس[3] . »

٢٢٨ — **مسوغات الاعتداد بالإشارة** : إذا عرفنا أن الأصل فى التعبيرات فى الفقه الإسلامى أن تكون باللفظ ، فقد تعين علينا أن نجد تسويغاً لخروج الفقهاء عن هذا الأصل واعتدادهم بالإشارة .

وننقل فيما يلى بعض النصوص الفقهية التى تشير إلى أن عامل الضرورة هو الذى حدا بالفقهاء إلى قبول الإشارة من الأخرس على اعتبار أنها وسيلته الوحيدة فى التعبير ولا طاقة له بالتعبير بغيرها . وفى هذا يقول الرملى الشافعى : « وإشارة الأخرس بالعقد كالنطق من غيره للضرورة[4] . » ويقول ابن قدامة الحنبلى : « فأما الأخرس فإن فهمت إشارته صح نكاحه بها ، لأنه معنى لايستفاد

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٦٤ .
(٢) المغنى ، المرجع السابق .
(٣) الأشباه والنظائر للحموى ، ص ١٨٨ .
(٤) نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ١١ ، س ٧ .

إلا من جهة واحدة ، فصح بإشارته كبيعه وطلاقه ونكاحه[1] . »

ويقول الحطاب المالكى : « إنما ذكر الأخرس لأنه لا يتأتى منه غيرها[2] . »
وأخيراً يقول الكاسانى الحنفى : « وكذا النطق ليس بشرط لانعقاد البيع والشراء ... لأنه إذا كانت الإشارة مفهومة فى ذلك قامت الإشارة مقام عبارته[3] . »

٢٢٩ — قيمة الإشارة بالنسبة للكتابة : إن مسألة الموازنة بين الكتابة والإشارة من حيث قوتهما التعبيرية تبرز عندما يكون الأخرس قادراً على الكتابة . فبأيهما يجب أن نعتد فى هذه الحالة ؟ ثمة رأيان فى الفقه الإسلامى : رأى يذهب إلى المساواة بين الكتابة والإشارة ، وآخر يذهب إلى رجحان الأولى على الثانية . وقد قال بالرأى الأول الزيدية والشيعة الأمامية والشافعية والمالكية والحنابلة[4] والرأى المعتمد لدى الحنفية . وهو يتفق مع ماجاء فى الجامع الصغير . ومقتضى هذا الرأى أن الأخرس الكاتب يخير فى إنشاء عقده ، إن شاء عقده بالإشارة ، وإن شاء عقده بالكتابة ، ذلك لأن المناط هو الإفهام وكلاهما مُفْهِم . ففى نهاية المحتاج : « وينعقد نكاح الأخرس بإشارته التى لا يختص بفهمها الفطن ، وكذا بكتابته[5] . » وفى الأشباه والنظائر : « كتابة الأخرس كإشارته ، واختلفوا فى أن عدم القدرة على الكتابة شرط للعمل بالإشارة ، أولا ، والمعتمد لا ، ولذا ذكره فى الكنز بأو[6] » .

أما الرأى الثانى فقد قال به الإمام محمد فى الأصل ، واتجهت القوانين الحديثة إلى الأخذ به ومؤداه أن الأخرس يمنع من التعبير عن إرادته بالإشارة إذا كان يعرف الكتابة ، ذلك لأن الكتابة أبين وأدل وأبعد عن الاحتمال ، فلا تترك إلى إشارة لا يفهمها كثير من الناس ، ولا تخلو عن إحتمال[7] . وبهذا الرأى أخذ قانون الأحوال الشخصية

(١) المغنى ، المرجع السابق .
(٢) شرح الحطاب ، ج ٤ ص ٢٢٩ .
(٣) البدائع ، المرجع السابق .
(٤) فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ١٠٧ .
(٥) نهاية المحتاج ، ج ٥ ، ص ١٦٣ ، س ١٢ .
(٦) الأشباه والنظائر ، ص ١٨٨ .
(٨) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٢٢٤ .

السورى فقد جاء فيه : « يصح الإيجاب أو القبول من العاجز عن النطق بالكتابة ، إن كان يكتب ، وإلا فبإشارته المعلومة[1] » وجاء أيضاً : « يقع الطلاق باللفظ وبالكتابة ، ويقع من العاجز عنهما بإشارته المعلومة[2] . »[3]

ونحن نميل إلى ترجيح رأى الأحناف الأخير ونرى أن ذهاب الرأى المعتمد فى هذا المذهب إلى التسوية بين الكتابة والإشارة يتعارض مع إيثار الكتابة على الإشارة فى معرض الأيمان ، وإلحاق صفة الخبر بالأولى دون الثانية . ففى البدائع : « حلف لا يخبر فلاناً بمكان فلان ، لا يحنث إلا بالكلام ، أو بالكتاب أو بالرسالة . ولو أومأ برأسه ، لا يحنث[4] . » ويبين من هذا النص أن الأحناف جعلوا الكتابة فى مصاف الكلام سيد التعبيرات وإذا ثبت ذلك أفلا يتعارض موقفهم هذا مع اعتبارهم الإشارة مساوية للكتابة فى مجال إنشاء التصرفات ؟ ! . . .

المطلب الثانى

إشارة المصمت

٢٣٠ — المصمت هو الذى اعتقل لسانه لمرض أو غيره بعد أن كان يتكلم . ويشترط الرأى الفقهى الراجح لصحة إشارته توافر شرطين :

(١) أن تكون مفهومة . (٢) أن تدوم عقلة لسانه حتى الموت .

فإذا ما تحقق هذان الشرطان انعقدت تصرفاته بإشارته التى اعتادها فى التعبير عن إرادته موقوفة إلى حين وفاته ، فإذا مات على عقلته ، نفذت مستندة إلى تاريخ صدورها .

على أن ثمة رأيين فقهيين جنحا إلى التخفيف من شدة الشريطة الأخيرة

(١) راجع المادة ١٠ من ق . أ . ش . س .

(٢) راجع المادة ٨٧ من ق . أ . ش . س .

(٣) انظر أيضاً لائحة المحاكم الشرعية فى الإقليم الجنوبى حيث نصت المادة ١٢٨ على أن : « إقرار الأخرس يكون بإشارته المعهودة ولا يعتبر إقراره بالإشارة إذا كان يمكنه الإقرار بالكتابة » وانظر المادة ١٣١ من قانون البينات السورى حيث نصت على أنه : « يعتبر فى حلف الأخرس ونكوله إشارته المعهودة إن كان لا يعرف الكتابة ، فإن كان يعرفها فحلفه ونكوله بها » .

(٤) البدائع ج ٣ ، ص ٥٤ ، س ١ .

فذهب أولهما إلى الاكتفاء بوقف تصرفات المصمت إلى حين وقوع اليأس من شفائه . وذهب ثانيهما إلى وقفها مدة سنة يصبح بعدها المصمت كالأخرس الأصلي ، وتقبل إشارته المعهودة ، ويكون لها نفاذ فوري .

وقد أشار الكاساني إلى الرأي الأول بقوله : « لا يجوز بيع الأخرس ، وشراؤه . هذا إذا كان الخرس أصلياً ، بأن ولد أخرس ، فأما إذا كان عارضاً ، بأن طرأ عليه الخرس ، فلا ؛ إلا إذا دام به حتى وقع اليأس من كلامه وصارت الإشارة مفهومة ؛ فيلحق بالأخرس الأصلي[(١)] . »

وأشار صاحب الأشباه والنظائر إلى الرأيين الآخرين بقوله : « وأما إشارة غير الأخرس فإن كان معتقل اللسان ففيه اختلاف ، والفتوى على أنه ما دامت العقلة إلى الموت يجوز إقراره بالإشارة والإشهاد عليه ، ومنهم من قدر الامتداد بسنة ، وهو ضعيف[(٢)] . »

ونحن نميل إلى تقوية الرأي الأخير المرجوح لأنه أدفع للحرج وأدعى إلى استقرار التعامل ذلك لأنه مما ينبو عن هذا الاستقرار أن تظل تصرفات المصمت قلقة موقوفة حتى ولو دامت عقلته إلى حين قد يطول أمده .

ونشير هنا إلى أنه في الحالة التي يتعذر فيها على المصمت التعبير بإشارة مفهومة . يقوم وليه مقامه في إنشاء تصرفاته . جاء في المغني في هذا الصدد : « وإن خرس أحدهما قامت إشارته مقام لفظه ، فإن لم تفهم إشارته ، أو جن أو أغمي عليه قام وليه من الأب أو وصيه أو الحاكم مقامه وهذا مذهب الشافعي[(٣)] : »

ويلاحظ أن تخلف شريطة الإفهام في إشارة المصمت هي أكثر وقوعاً في العمل من تخلف شريطة الإفهام في إشارة الأخرس خِلْقة الذي ولد مئوفاً بهذه الآفة . ولعل مرد ذلك أن الأخرس الأصلي ينشأ على فقدان حاسة النطق فتدعوه حاجاته الماشية المباشرة إلى اكتساب المران والقدرة على الإفهام عن طريق الإشارة

(١) البدائع . ج ٥ ، ص ١٣٥ ، س ٣٠ .
(٢) الأشباه والنظائر ، ١٨٨ .
(٣) المغني ، ج ٤ ص ٩ ، س ٩ .

باعتبارها المنفذ الوحيد الذى يستطيع أن يعبر به عن إرادته . وهذه العوامل التى تسهم فى جعل إشارة الأخرس الأصلى مفهومة قلما تتوافر فى حالة الصمت ذى العقلة الطارئة الذى ينتقل بآفته إلى عالم جديد من الإشارات وأنماط غريبة عنه فى التعبيرات لم يكن يألفها من قبل وقلما يحسن التلاؤم معها بسهولة ليصل إلى إفهام الناس[1] .

الفرع الثانى

إشارة غير الأخرس

٢٣١ — ثمة رأيان فى الفقه الإسلامى فى صدد الإعتداد بإشارة غير الأخرس كوسيلة للتعبير عن الإرادة : رأى موسع يعتدبها ، ويقول به المالكية والحنابلة[2] .

ورأى مضيق يهملها ، ويقول به الأحناف والشافعية . ونقتصر فيما يلى على دراسة هذين الرأيين فى المذهبين المالكى والحنفى .

---

(١) ويلحظ هنا أن الفقهاء ، إذ أجازوا للأخرس أن يتعاقد بإشارته ، فهم قد أعفوه من أداء الشهادة ، باعتبار أن إشارته قاصرة عن هذا الأداء . ويرجع الفقهاء عادة هذا القصور إلى أن الشهادة تعبير شكلى فى الفقه الإسلامى يجب أن يؤدى فى قالب معين ، وهو لفظ أشهد . جاء فى البدائع (ج ٦ ، ص ٢٦٨ ، س ١٠) « ومنها النطق فلا تقبل شهادة الأخرس ، لأن مراعاة لفظة الشهادة شرط صحة أدائها ، ولا عبارة للأخرس أصلا ، فلا شهادة له » .

هذا وقد أخذ القانون المدنى العراقى بمبدأ قبول شهادة الأخرس جاء فى مادته ٤٩٥ : « يجوز قبول شهادة الأخرس والأعمى » وجاء فى المادة ٨٣ من قانون البينات السورى « أن من لاقدرة له على الكلام يؤدى الشهادة إذا أمكن أن يبين مراده بالكتابة أو بالإشارة » .

(٢) يبدو أن المذهب الحنبلى هو فى جانب الرأى الموسع الذى يأخذ به المالكية ، يدل على ذلك اعتباره الإشارة كلاما . جاء فى رد المحتار (ج ٣ ، ص ١٤٢ ، س ٦) : الكلام والتحديث لايكون إلا باللسان . فلا يحنث بإشارة وكتابة ، وكذا بإرسال رسول ، لأنه لايسمى كلاماً عرفا خلافا لمالك وأحمد رحمهما الله تعالى ، استدلالا بقوله تعالى : ما كان لبشر أن يكلمه الله إلا وحيا — إلى قوله — أو يرسل رسولا . » . ولعل أوضح نص يشير إلى إعتداد الحنابلة بالإشارة ماجاء على لسان ابن القيم فى إعلام الموقعين حيث يقول (ج ١ ، ص ١٨٩) : « فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأى طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة أو كتابة . . . » أنظر أيضاً فى هذا المعنى الفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٥٣٤ ، ص ٣٨٣ .

المطلب الأول

إشارة غير الأخرس فى المذهب المالكى

٢٣٢ — يمتد المذهب المالكى — نصير الرضائية فى الفقه الإسلامى — بإشارة غير الأخرس كوسيلة للتعبير عن الإرادة عملاً بالقاعدة المقررة لديه وهى : « أن العقد ينعقد بما يدل على الرضا[١] . » ولعلنا لانجد لهذه القاعدة مثيلاً فى المذهبين الحنفى والشافعى اللذين ضيقا على غير الأخرس ولم يسمحا له بالتعاقد بالإشارة ، ذلك لأن القاعدة فى هذين المذهبين هى : أن التصرف ينشأ باللفظ[٢] ولئن فسرت القاعدتان السابقتان الخلاف القائم بين الرأى الموسع والرأى المضيق فى سدد الإعتداد بإشارة غير الأخرس ، فهما فى نفس الوقت تفسران لنا الخلاف الذى رأيناه سابقاً بين المذهب المالكى وغيره من المذاهب فى صدد الإعتداد بالكتابة كوسيلة للتعبير بين حاضرين .

هذا ولقد بلغ من تعويل المالكية على الإشارة كوسيلة للتعبير أنهم اعتبروها فى مصاف اللفظ وجعلوها تعلو علىالتعاطى .فقد جاءفى شرح الحطاب : « كل لفظ أو إشارة فُهِمَ منها الإيجاب والقبول ، لزم به البيع ، وسائر العقود . » وجاء أيضاً : « والإشارة أولى بالجواز من المعاطاة ، لأنها يطلق عليها أنها كلام . قال الله تعالى : «آيتك ألا تكلم الناس ثلاثة أيام إلا رمزاً» . والرمز الإشارة[٣] . »

---

(١) سنرى عند بحثنا للتعاطى الأدلة النقلية والعرفية التى يستند إليها المالكية فى تقرير مبدأ الرضائية .

(٢) جاء فى المبسوط (جـ ١٢ ، ص ١٠٨ س ٢٣) . « وانعقاد هذا العقد بلفظين هما عبارة عن الماضى » . وجاء فى مجمع الأنهر (جـ ٢ ، ص ٢ ، س ٢١) : « وينعقد بإيجاب وقبول بلفظ الماضى » . وجاء فى الهداية (فتح ، جـ٥ ، ص ٧٥) : « والبيع ينعقد بإيجاب وقبول إذا كانا بلفظ الماضى » . وجاء فى الكنز (جـ ٤ ، ص ٣ ، س ٢) : « ويلزم بإيجاب وقبول » . وجاء فى ابن عابدين (جـ ٤ ، ص١٣) : «وهما عبارة عن كل لفظين ينبئان عن معنى التملك والتمليك» . يقول النجفى من علماء الشيعة (فى باب العقود ، ص ٢) : « والعقد شرعاً قول من المتعاقدين » .

(٣) شرح الحطاب ، جـ ٤ ، ص ٢٢٩ .

المطلب الثانى

إشارة غير الأخرس فى المذهب الحنفى

٢٣٣ — ذهب الأحناف إلى أن إشارة غير الأخرس ليست بمنزلة إشارة الأخرس من حيث قدرتها على إنشاء التصرفات فقد جاء فى رد المحتار: « إن تحريك الرأس فى حق الناطق لا يعتبر. » وفى الأشباه والنظائر لابن نجيم: « وإن لم يكن معتقل اللسان لا تعتبر إشارته. »[1] ونبحث فيما يلى:

(١) مسوغات رفض الإشارة (٢) تقدير موقف الأحناف.

§ ١ — مسوغات رفض الإشارة

٢٣٤ — يقرر الأحناف عادة عند بحثهم لصيغة العقود رفض إشارة غير الأخرس لإنشاء التصرفات دون بيان للأسباب التى تدعوهم إلى هذا الرفض. على أننا إذا رجعنا إلى التعليلات التى يأتون بها عادة لرفض الإشارة كسبب للحنث فى باب الأيمان تبيّن لنا أن العلة الحقيقية لرفض الإشارة كوسيلة للتعبير هى خروجها عن حد الكلام.

ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تؤكد نزع صفة الكلام عن الإشارة:

جاء فى البدائع: « ألا ترى أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة: أمر ونهى وخبر واستخبار. ويحد بأنه كلام عرى عن معنى التكليف والإشارة ليست بكلام[2]. »

وجاء أيضاً: « إن الكلام العرفى أسم لحروف منظومة تدل على معنى مفهوم، وذلك لا يوجد فى الإشارة[3]. » وجاء أيضا: « ولو حلف لا يتكلم بسر فلان ولا بمكانه، فكتب أو أشار، لا يحنث. لأن الكتابة والإشارة ليست بكلام. وإنما يقوم مقامه. ألا ترى أن الله تعالى « أنزل إلينا كتاباً » ولا يقال أن الله تعالى فى العرف « كلمنا » فإن سئل عنه. فقال: نعم. فقد تكلم. لأن قوله: نعم، لا يستقل

---

(١) انظر فى الفقة الزيدى المنتزع المختار (ج٣، ص٩): « وأما الإشارة من الصحيح فلا حكم لها. »

(٢) البدائع، ج ٣، ص ٥٤.

(٣) المرجع السابق، ج ٥٥، س ٢.

بنفسه ، ويضمر فى السؤال . كما فى قوله تعالى : فهل وجدتم ما وعد ربكم حقاً ؟ قالوا نعم ، أى وجدنا ما وعد ربنا حقاً ، فقد أتى بكلام دال على المراد[1] . »

ويشير الكاسانى فى مكان آخر إلى أن وظيفة الإشارة مقصورة على الإعلام وأنها ليست بخبر لأنها ليست بكلام :

جاء فى البدائع : « حلف : لا يخبر فلاناً بمكان فلان . لايحنث إلا بالكلام أو بالكتابة أو بالرسالة ولو أومأ برأسه لا يحنث . وكذا لو ذهب به حتى أوقفه على رأس فلان ، لا يحنث ، لأن شرط الحنث هو الإخبار والإشارة ليست بخبر ، وكذا الإيقاف على رأسه ، إذ الخبر من أقسام الكلام . ألا ترى أنهم قالوا أقسام الكلام أربعة : أمر ونهى وخبر . . . والإشارة ليست بكلام فلم تكن خبراً . والإيقاف على رأسه من باب الإعلام لا من باب الخبر ، وكل خبر إعلام ، وليس كل إعلام خبراً .

والدليل عليه : أن الكتاب إذا قرىء على إنسان وقيل له : أهو كما كتب فيه ؟ فأشار برأسه أى نعم،لا يصير مقراً . وكل إقرار إخبار وكذا لو حلف : لا يقر لفلان بمال فقيل له :ألفلان عليك ألف درهم.فأشار برأسه أى نعم،لا يكون ذلك منه إقراراً[2] . »

والخلاصة : إن الأصل فى هذا الرأى الضيق أن الكلام هو الأداة التى تصلح لإبرام التصرفات لأنها قادرة على الإخبار عن الإرادة ، ولما كانت الإشارة ليست بكلام ، فهى إذن لا تصلح لهذا الإخبار وهى من ثم ، وسيلة غير صالحة للتعبير عن الإرادة[3] .

§ ٢ — تقدير موقف الاحناف

٢٣٥ — لقد رأينا الأحناف يسوغون رفضهم الإشارة بأنها ليست بكلام . وأن هذا السبب هو الذى حدا بهم إلى اعتبار إشارة الناطق غير كافية لحنث الحالف بعدم الكلام أو الإخبار ، وحتى لو توافر قصده إليهما .

(١) المرجع السابق ، ص ٥٤ ، س ٣٠

(٢) المرجع السابق ، س ١

(٣) سنرى أن الأحناف قد خرجوا عن هذا الأصل فى قبولهم التعاطى وسيلة للتعبير عن الإرادة. أما الشافعية فقد التزموه ، ورفضوا التعاطى كوسيلة للتعبير لأنه ليس بكلام .

ولكن ! هل خلت الإشارة لديهم من كل معنى ، وهل هى عدم لا يعتد به فى كل الظروف ؟ الواقع أن رفض الأحناف للإشارة لم يكن مطلقاً .

وتشهد النصوص أنهم اعتدوا بها فى أكثر من موضع ، فلنحاول إذن أن نتبين مدى هذا الإعتداد ، ومدى إمكان تطويره ، والسبب الفعال فى هذا التطوير .

(ا) مدى اعتداد الأحناف بالإشارة

٢٣٦ — لم تخل الإشارة من دلالة لدى الأحناف فهم : (١) قد اعتبروها مرجحة على الوصف . (٢) وأسندوا إليها معنى الإعلام والإظهار . (٣) وأنزلوها منزلة الكلام إذا تعلقت بها العبارة . (٤) واعتبروها أخيراً أداة للتعبير فى بعض الحالات الاستثنائية . ونورد فيما يلى النصوص التى تشهد بهذا الاعتداد :

(١) ترجيح الإشارة على الوصف : جاء فى الهداية فى هذا الصدد :

« الأصل أن المسمى إذا كان من جنس المشار إليه يتعلق العقد بالمشار إليه ، لأن المسمى موجود فى المشار إليه ذاتاً والوصف يتبعه ، إذا عرفت ذلك فاعلم أن زيداً وعمراً جنس واحد من حيث الذات . وإن اختلفا من حيث الأوصاف والمشخصات ، لأن الملحوظ إليه فى العلم هو الذات . فنى قوله « نويت الاقتداء بهذا الإمام الذى هو زيد » فظهر أن المشار إليه عمرو ، يكون قد اختلف المسمى والمشار إليه . فلغت التسمية وبقيت الإشارة معتبرة ، لكونهما من جنس واحد . فصح الاقتداء [1] » .

وجاء فى ابن عابدين : « إن تعريف الاشارة الحسية أقوى من التسمية ، لما فى التسمية من الاشتراك العارض ، فتلغو التسمية عندها [2] . »

(٢) الإشارة إعلام وإظهار : وهم أعطوها معنى الإعلام والإظهار . فقد جاء فى البدائع :

« إذا حلف لا أظهر سرك لفلان . فكلم فلاناً بسره ، أو كتب إليه

---

(١) ابن عابدين ج ١ ، ص ١٩٨ .

(٢) ابن عابدين ، ج ٢ ص ٢٨٢ .

فبلغه الكتاب ، أو أرسل إليه رسولاً فبلغه الرسالة ، أو سأله فلان عن ذلك وقال : « أكان من الأمر كذا ؟ » فأشار الحالف برأسه . أى نعم . فهو حانث . لوجود شرط الحنث . وهو إظهار السر لأن الإظهار إثبات الظهور ، وذلك لا يقف على العبارة ، بل يحصل بالدلالة والإشارة . ألا ترى أنه يقال : ظهر لى اعتقاد فلان . إذا فعل ما يدل على اعتقاده . وكذا الإشارة بالرأس عقيب السؤال ، يثبت به ظهور المشار إليه ، فكان إظهاراً .

وكذا لو حلف لا يعلم فلاناً بمكان فلان . فسأله المحلوف عليه « أفلان فى موضع كذا . وكذا ؟ » فأومأ برأسه أى نعم . يحنث لوجود شرط الحنث ، وهو الإعلام إذ هو إثبات العلم الذى يحد بأنه صفة يتجلى بها المذكور لمن قامت هى به[1] » .

وجاء فى ردالمحتار : «والإظهار والإفشاء والإعلام يكون بالكتابة والإشارة[2]»

(٣) **الإشارة تنزل منزلة الكلام إذا تعلقت بها العبارة** : وهم رفعوا الإشارة إلى مصاف الكلام متى تعلقت بها العبارة ففى البدائع : « الصريح البائن إذا كان مقروناً بعدد الثلاث نصاً . وكذا إذا أشار إلى عدد الثلاث . بأن قال لها : «أنت طالق هكذا» يشير بالإبهام والسبابة والوسطى . وإن أشار بأصبع واحدة فهى واحدة يملك الرجعة . وإن أشار باثنتين فهى اثنتان . لأن الإشارة متى تعلقت بها العبارة نزلت منزلة الكلام لحصول ما وضع له الكلام بها وهو الإعلام . والدليل عليه العرف والشرع أيضاً . أما العرف فظاهر . وأما الشرع : فقول النبى صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذا وهكذا » وأشار صلى الله عليه وسلم بأصابع يديه كلها فكان بياناً أن الشهر يكون ثلاثين يوماً . ثم قال صلى الله عليه وسلم « الشهر هكذا وهكذ وهكذا» وحبس إبهامه فى المرة الثالثة فكان بياناً أن الشهر يكون تسعة وعشرين يوماً . وإذا قامت الإشارة مع تعلق العبارة بها مقام الكلام صار كأنه قال : «أنت طالق ثلاثاً » والمعتبر فى الأصابع عدد المرسل منها دون المقبوض لاعتبار العرف والعادة[3] »[4] .

---

(١) البدائع ج ٣ ، ص ٥٣ ، س ٢٦ . (٢) ابن عابدين ، ج ٣ ، ص ١٤٢ .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٩ ، س ٢١ .

(٤) راجع م ٩٢ من قانون الأحوال الشخصية السورى حيث نصت على أن « الطلاق المقترن بعدد لفظاً أو إشارة لايقع إلا واحداً » .

(٤) حالات استثنائية : وأخيراً فقد اعتدّ أصحاب هذا الرأى بالإشارة اعتداداً كاملا فى حالات أربع، فقد جاء فى رد المحتار : « وإن لم يكن معتقل اللسان ، لم تعتبر إشارته إلا فى أربع : الكفر والإسلام والنسب والإفتاء » وجاء فى جامع الفصولين : « صبى بيد رجل ، فقيل له : أهذا أبنك ؟ فأومأ برأسه أى نعم ، يثبت نسبه بذلك[1] »[2] .

(ب) تطوير الإعتداد بالإشارة

٢٣٧ — يستخلص من النصوص السابقة أن رفض الفقه الحنفى لإشارة غير الأخرس لم يكن مطلقاً ، وأن هذا الفقه كان يسير فى تطوره نحو الإعتداد بها كوسيلة للتعبير من غير الأخرس . فقد رجح فقهاؤه كما رأينا الإشارة على الوصف الملفوظ ، وهذا هو أدنى درجات التعويل عليها . ثم رأيناهم يتقدمون خطوة ، فيعتبرون الإشارة وسيلة لإظهار الأسرار وإعلام الغير بها فى باب الأيمان . ووجدناهم أيضاً يرفعونها إلى منزلة الكلام إذا ما تعلقت بها العبارة . وأخيراً وجدناهم يعتدون بها حتى ولو لم تتعلق بها العبارة ، كما هو الحال فى الاستثناءات الأربع . ونحن نرى فى هذه الأدوار التى أسندها الأحناف للإشارة سنداً قوياً لتطوير رأيهم الضيق ، وأخذه من ثم بالإشارة كوسيلة للتعبير عن الإرادة من الناطق . ولن يعيقنا فى ذلك إخراج الإشارة عن وصف الكلام ، الأداة الرئيسية لانعقاد العقود ، ذلك لأن هذا الفقه قد خرج عن أصله هذا فى أكثر من موضع . خرج عنه فى التعاطى ، وخرج عنه فى دلالة الحال ، وخرج عنه فى السكوت واعتد بها جميعاً كوسائل للتعبير ، على أن الإشارة ليست فى واقع الأمر بأقل دلالة من هذه الوسائل . فلقد رأينا الرأى الموسع يجعلها تعلو على التعاطى من حيث قوة الدلالة . فما من داع إذن لتخلفها عن هذه الوسائل لمجرد أنها ليست بكلام ، مادامت تؤدى وظائفه وباعتراف الأحناف أنفسهم . إذ لا وجه للتفرقة فى نظرنا بين قبول إشارة الرأس العمودية كدليل على الإظهار فى قولهم : « لو حلف لا أظهر سرك لفلان . فسأله فلان عن ذلك وقال : أكان من الأمر كذا ؟ فأشار

(١) إبن عابدين ، ج ٤ ، ص ٩ .

(٢) أنظر أحكام المعاملات الشرعية . للأستاذ الشيخ على الخفيف ، ص ١٥٤ .

الحالف برأسه : أى نعم . فهو حانث ... لأن الإظهار ... يحصل بالإشارة[1] »
ورفض الأحناف لاعتبار إشارة الرأس العمودية إجازة بعد قول المستأذن : هل أذنت لى فى الإجازة ؟[2] ذلك لأن هذه الإشارة يثبت بها ظهور المراد بالمشار إليه تماماً كما هو الحال فى المثال السابق ؛ سيما وأنها وردت بعد تعبير استحثاثى من المستأذن . شأنها فى ذلك شأن الإشارة المقبولة فى الحلف والتى جاءت عقيب السؤال كما يقول الكاسانى .

ولا وجه للتفرقة بين قبول إشارة الرأس العمودية كدليل على الإعلام فى قولهم : « وكذا لو حلف لايعلم فلاناً بمكان فلان ، فسأله المحلوف عليه : أفلان فى موضع كذا وكذا ؟ فأومأ برأسه . أى نعم ، يحنث . لوجود شرط الحنث وهو الإعلام[3] » . وبين رفضهم للإشارة كدليل على الإقرار فى قولهم « ولو حلف لا يقر لفلان بمال : فقيل له : ألفلان عليك ألف درهم ؟ فأشار برأسه : أى نعم . لا يكون ذلك منه إقراراً[4] » .

ولا وجه للتفرقة فى نظرنا بين قبول السكوت ، إذا كان فى معرض الحاجة ، واعتباره بياناً ، وبين رفض الفقهاء للإشارة كدليل على الإقرار فى المثال السابق .

إننا نرى أن قبول إشارة الرأس فى هذه الحالة هو مقبول عقلاً أكثر من قبول السكوت الملابس ، ذلك لأن الإشارة الملابسة هنا هى أقرب إلى الإيجابية ، بينما السكوت المُلابَس هناك هو أقرب إلى السلبية .

وأخيراً لا وجه للتفرقة بين رفض الفقهاء لانعقاد العقد بالإشارة ، وقبولهم لانعقاده بدلالة الحال . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدى شخص آخر وذهب . وذلك

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص٥٣ .

(٢) جاء فى رد المحتار (ج ٤ ، ص ٩ ، س ٣١) : « ظاهر قوله عن لفظين أنه لاينعقد بالإشارة بالرأس، ويدل عليه مافى الحاوى الزاهدى فى فصل البيع الموقوف « فضولى باع مال غيره ، فبلغه ، فسكت متأملا . فقال ثالث : هل أذنت لى فى الإجازة ؟ فقال : نعم ، فأجازه ، ينفذ . ولو حرك رأسه بـ : نعم ، فلا » .

(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ٥٣ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٥٤ .

الآخر ساكت ، لم ينهه ، ولم يتنصل من حفظه ، فينعقد عقد الإيداع بينهما بدلالة الحال ، ويصير الشخص الموضوع أمامه وديعاً ملزماً بالحفظ .

وكما لو دخل إنسان خاناً مثلا فسأل صاحبه : أين أربط دابتي ؟ فأراه محلا فربطها فيه . وذهب انعقد الإيداع دلالة ، وأصبح صاحب الخان ملزماً بحفظ الدابة ، ومسئولا عن الإخلال بالتزامه بهذا الحفظ .

(جـ) السبب الفعال في الإعتداد بالإشارة

٢٣٨ — بقي أن نقول إن مرد قبول الأحناف للسكوت الملابس ودلالة الحال والتعاطي كوسائل لابرام التصرفات ورفضهم الإشارة كوسيلة لهذا الإبرام ، رغم خروجها جميعاً عن الأصل المقرر لديهم — وهو لفظية التعبير — يعود في نظرنا أولا وأخيراً إلى **العرف** . وإلى هذا العرف نفسه يعود إثبات الاحناف للإشارة كوسيلة للإظهار في باب الأيمان ، ونفيهم لها كوسيلة لإظهار الإرادة في المجالات الأخرى . يشهد على ذلك ما ذكره صاحب رد المحتار في تسويغه نبذ العمل بالإشارة إذ يقول : « الـكلام . . . لا يكون إلا باللسان فلا يحنث بإشارة . . . لأنه لا يسمى كلاماً عرفاً[١] » . وما ذكره صاحب البدائع في تسويغه الأخذ بالإشارة إذ يقول : « إن الإشارة متى تعلقت بها العبارة ، نزلت منزلة الـكلام ، لحصول ما وضع الـكلام بها ، وهو الإعلام ، والدليل عليه العرف[٢] » . وإذا ثبت ذلك ، فما من داع في نظرنا لترك العمل بالإشارة ، إذا ما اقتضى العرف ذلك . وهذا ما أخذ به القانون المدني العراقي في المادة ٧٩ التي تنص على أنه : « كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمـكاتبة والإشارة الشائعة الإستعمال ولو من غير الأخرس ... »[٣] .

---

(١) رد المحتار ، جـ ٣ ، ص ١٤٢ ، س ٦ .

(٢) البدائع ، جـ ٣ ، ص ١١٠ .

(٣) وهذا ما أخذ به أيضاً القانون المدني السوري في المادة ٩٣ (٩٠ مصري) التي تنص على أن : « التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالـكتابة وبالإشارة المتداولة عرفا ... »

المبحث الثالث

اتخاذ أى موقف يدل على الرضا

٢٣٩ — نبحث فيما يلى التعبير بالأفعال بوجه عام ، ثم التعاطى فى العقود ، وأخيراً السكوت .

الفرع الأول

الأفعال

٢٤٠ — سبق أن أشرنا إلى أن الأصل فى التعبيرات فى الفقه الإسلامى أن تكون باللفظ . ويستتبع ذلك ، كما هو واضح، أن يكون التعبير بالفعل خروجاً عن هذا الأصل . ولقد سبق أن رأينا عند بحثنا لصلة الإعلام المنشىء بالتعبيرات الضمنية ضروباً من هذه التعبيرات فى الفسخ الحكمى والعزل الحكمى [1] . ونشير هنا إلى أن الشارع قد يحتم أحياناً فى بعض التعبيرات الهامة أن تكون باللفظ كحالة العارية التى أوجب الفقهاء أن يكون الإيجاب فيها لفظاً لا فعلاً ففى تنوير الأبصار : « العارية تمليك المنافع مجاناً » وجاء فى شرحه بالدر المختار : « أفاد بالتمليك لزوم الإيجاب والقبول ولو فعلاً » . وجاء فى حاشية رد المحتار : « قوله ولو فعلاً أى كالتعاطى ، كما فى القهستانى ، وهذا مبالغة على القبول ، وأما الإيجاب فلا يصح به . وأما القبول من المستعير ، أى القبول صريحاً ، غير شرط بخلاف الإيجاب [2] . »

ويلاحظ أن التعبير بالفعل قد يكون صريحاً يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، وقد يكون كناية يؤخذ فيه بالإرادة الباطنة ، فركوب الدابة مثلاً هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد إذا صدر من العاقد صاحب خيار الشرط أو خيار العيب ، ولئن كان مؤدى هذا التعبير واحداً ، وهو إجازة العقد فى الحالين ، فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما فهو فى الأول تعبير كناية يفتقر إلى النية ، بينما هو فى الثانى تعبير صريح لا يفتقر

---

(١) راجع ماسبق ، ف ١٦٨ ، ص ١٦٥ — ١٦٦ .
(٢) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ٥٢٤ .

إلى النية . وبيان ذلك أن ركوب المشترى للدابة بعد علمه بعيبها يعتبر إجازة صريحة للعيب وفسخاً للخيار ، ولا ينظر فى هذا الركوب إلى نية المشترى . وهل ركبها لحاجة نفسه ، فيكون ذلك فسخاً للخيار ، أم ركبها لينظر إلى سيرها ، فلا يكون ذلك فسخاً له . بخلاف الركوب فى خيار الشرط ، حيث ينظر فيه إلى نية الراكب ، فإن قصد الركوب لحاجة نفسه ، كان ذلك فسخاً للخيار . وإن قصد الركوب للتجربة ، لم يكن ذلك فسخاً له .

فى البدائع : « ولو كان المبيع دابة ، فإن ركبها لحاجة نفسه ، كان إجازة ، وإن ركبها ليسقيها ، أو يشترى لها علفاً ، أو ليردها على بائعها ، فالقياس أن يكون إجازة ، لأنه يمكنه أن يفعل ذلك قوداً ، وفى الاستحسان لا يكون إجازة ، وهو على خياره ؛ لأن ذلك مما لا بد منه ، خصوصاً إذا كانت الدابة صعبة ، لا تنقاد بالقود ، فكان ذلك من ضرورات الرد ، فلا يجعل إجازة .

ولو ركبها لينظر إلى سيرها ، لا يبطل خياره ، لأنه لا بد له من ذلك للاختبار . بخلاف خيار العيب أنه إذا ركبها ، بعد ما علم بالعيب ، أنه يبطل خياره ، لأن له منه بداً ، ولا حاجة إلى الركوب هناك لمعرفة سيرها فكان دليل الرضا بالعيب[1] . »

الفرع الثانى
التعاطى

المطلب الأول
مفهوم التعاطى

٢٤١ — نبحث فيما يلى : (١) معنيا التعاطى . (٢) ركناه . (٣) تمييزه عن الأوضاع المشابهة . (٤) نطاقه .

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ص ٢٧٠ ، س ١٢ .

§ ١ — معنيا التعاطى

٢٤٢ — للتعاطى معنيان :

(أ) **التعاطى بالمعنى الواسع** : يقصد بالتعاطى بالمعنى الواسع الإعطاء من أحد العاقدين والأخذ من الآخر الدالين على التراضى دون تلفظ بإيجاب وقبول . ويمكننا أن نطلق على التعاطى فى هذه الحالة تسمية التعاطى من جانب واحد . وهو يشمل التبرعات والمعاوضات .

وصورته فى التبرعات : أن يعطى أحد السائلة الفقير درهماً ، أو أن يعطى الزوج هدية إلى زوجته . ففى هاتين الحالتين اللتين يتم فيهما التصرف بمجرد الإعطاء والقبض الدالين على التراضى ، دون تلفظ بإيجاب وقبول يقال : إن الهبة تمت بالتعاطى وإلى هذا أشارت مجلة الأحكام العدلية فى المادة ٨٣٩ إذ نصت على أن الهبة تنعقد بالتعاطى[١] وجاء فى تكملة ابن عابدين فى هذا المعنى : « إن التلفظ بالإيجاب والقبول لايشترط بل تكفى القرائن الدالة على التمليك . كمن دفع لفقير شيئاً ، وقبضه ، ولم يتلفظ بشىء ، وكذا يقع فى الهدية ونحوها ، فاحفظه . ومثله مايدفعه لزوجته وغيرها . وعليه فتصح الهبة بالتعاطى[٢] . »

وصورته فى المعاوضات كالبيع مثلا : أن يتفقا على الثمن ثم يأخذ المشترى المتاع ، ويذهب برضاء صاحبه من غير دفع الثمن ، أو يدفع المشترى الثمن للبائع ثم يذهب من غير تسليم المبيع . ويلاحظ أن هذه الصورة تتضمن حالتين : حالة إعطاء المبيع دون أخذ الثمن . ويدخل فيها ما يستجره الإنسان من البياع كالزيت والملح والعدس وما شاكل إذا حاسبه على أثمانها بعد استهلاكها . وحالة إعطاء الثمن دون أخذ المبيع : كما لو جاء رجل إلى بائع الحنطة ودفع له خمسة دنانير وقال بكم تبيع المدمن هذه الحنطة؟ فقال : بدينار . فسكت المشترى . ثم طلب منه الحنطة . فقال له البائع : أعطيك إياها غداً . ينعقد البيع أيضاً ، وإن لم يجر بينهما الإيجاب والقبول[٣] .

---

(١) راجع أيضاً المادة ٨٠٤ من المجلة حيث أشارت إلى أن الإعارة تنعقد بالتعاطى .

(٢) تكملة رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٢٩٩ ، س ١٢ .

(٣) م ١٧٥ من مجلة الأحكام العدلية .

(ب) التعاطى بالمعنى الضيق : يقصد بالتعاطى بالمعنى الضيق التعاقد بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى دون تلفظ بإيجاب وقبول . ويمكننا أن نطلق على التعاطى فى هذه الحالة تسمية التعاطى من الجانبين . وصورته أن يعطى المشترى للخباز مقداراً من الدراهم ، فيعطيه الخباز بها مقداراً من الخبز دون تلفظ بإيجاب وقبول ، أو أن يعطى المشترى الثمن للبائع ، ويأخذ السلعة ، ويسكت البائع[1] . ويلاحظ أن كل عاقد فى هذه الحالة يكون آخذاً ومعطياً فى آن واحد ، بينما فى التعاطى بالمعنى الواسع يكون أحد العاقدين معطياً غير آخذ ، كما هو الحال فى العقود التبرعية كالعارية والوديعة ، حيث لا يأخذ فيها العاقد المتفضل مقابلاً لما يعطى .

وينبنى على ذلك أن التعاطى بالمعنى الضيق مقصور على المعاوضات المالية فقط لأنها وحدها تتضمن معنى المبادلة التى تفيد الأخذ والإعطاء من كل جانب .

ويلاحظ أن الفقهاء فى تعريفهم للتعاطى غالباً ما يشيرون إلى هذا المعنى الثانى ففى البدائع : « إن حقيقة المبادلة بالتعاطى هو الأخذ والإعطاء[2] . » وجاء فى تعريف الشيخ رزوق فى الفقه المالكى : « المعاطاة هى أن يعطيه الثمن ، فيعطيه المثمن ، من غير إيجاب ولا استيجاب[3] . »

(حـ) ثمرة التمييز بين معنيى التعاطى : إن التمييز بين تعاط من جانب واحد وتعاط من جانبين يفيدنا بوجه خاص فى دراسة التعاطى فى المذهب المالكى الذى اعتبر الأول كافياً لانعقاد العقد وتطلب الثانى للزومه[4] وهو يفيدنا أيضا حتى

---

(١) المرجع السابق .

(٢) البدائع ، حـ ٥ ، ص ١٣٤ .

(٣) شرح الحطاب ، جـ ٤ ، ص ٢٢٨ .

(٤) ويلاحظ هنا أن الفقيه المالكى الدردير قد مال إلى إيثار تسمية إعطاء على تسمية التعاطى لأن الثانية أليق بالمعنى الضيق ، أى التعاطى من الجانبين ، وبوصفها لاتصور حقيقة النظر المالكى الذى يقنع بالتعاطى من جانب واحد لقيام العقد . جاء فى الشرح الكبير للدردير (جـ ٣ ، ص ٣) : « وإن حصل الرضا بمعاطاة ، بأن يأخذ المشترى المبيع ويدفع للبائع الثمن ، أو يدفع البائع المبيع فيدفع له الآخر ثمنه ، من غير تكلم ولا إشارة ولو فى غير المحقرات ... ولزوم البيع =

فى المذهب الحنفى الذى لم يفصل بين انعقاد العقد ولزومه . ذلك لأن الآراء فى هذا المذهب موزعة ، فالبعض منها يقر التعاطى من جانب واحد دون غيره ، والبعض منها يقر العكس .

§ ٢ — ركنا التعـاطى

٢٤٣ — يشترط لصلوح التعاطى كوسيلة لانعقاد العقد توافر ركنين : (ا) الرضاء (ب) الإعطاء من جانب أو الإعطاء من جانبين على اختلاف فى الرأى .

(ا) الرضاء: إن الإعطاء والأخذ ، وهما أحد ركنى التعاطى ، غير كافيين لقيام التعاطى وسيلة صالحة لانعقاد العقـد ، بل لابد من استنادهما إلى رضاء لا يرقى إليه الشك ، يستخلص من ملابسات العقد . ويرجع تشدد الفقهـاء فى تطلب الرضاء فى التعاطى إلى أن قبول الفعل كوسيلة للتعبير عن الإرادة يعتبر خروجا عن الأصل المقرر لديهم وهو إيثار اللفظ . ونستعرض فيما يلى حالتين صرح الفقهاء فيهما بقصور التعاطى المـادى عن إبرام العقد إذا كان عنصره النفسى ، وهو الرضاء ، مشكوكا فى وجوده .

الحالة الأولى : قد تختلط صورة التعاطى مع صورة التبادل الفعلى الجـارى تنفيذاً لعقد سابق باطل أو فاسد : « كما لو اشترى رجل وسائد وطنافس لم تنسج ، ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها ، لايصح » ويسوغ الفقهـاء عادة عدم تصحيح التبادل الفعلى اللاحق لعقد سابق فاسد بالاستناد إلى القاعدتين : « مابنى على الفاسد فاسد . » و « وإذا بطل المتضِّمن بطل المتضَّمن[1] » ومعنى القاعدة الأخيرة : أنه لمـا بطل البيع الأول ، بطل ماتضمنه من القبض إذا كان قبل المتاركة . فلـكى يصح التبـادل الفعلى إذن بين بدلين كانا محلا لعقد سابق باطل ، يجب أن تتم تصفية

فيها بالتقابض ، أى قبض الثمن والمثمن ، وأما أصل البيع ، فلا يتوقف على ذلك ، خلافاً لما يوهمه المصنف . فمن أخذ ماعلم ثمنه من مالكه ، ولم يدفع له الثمن ، فقد وجد أصل العقد ، لالزومه . ولا يتوقف العقد على دفع الثمن ، فيجوز أن يتصرف بالأكل ونحوه قبل دفع ثمنه . فلو قال المصنف — وإن إعطاء — لكان أحسن . أى وإن كان الدال على الرضا إعطاء ، ولو من أحد الجانبين إذ كلامه فى الإنعقاد ولو بلا لزوم . » .

(١) راجع المادة ٥٢ من مجلة الأحكام العدلية .

هذا العقد الباطل فإذا مازال هذا العقد بالمتاركة أو بالتراضى قامت عندها المبادلة الفعلية اللاحقة تعاطياً صحيحاً منتجاً لآثاره. ففى رد المحتار : « لو اشترى ثوباً شراء فاسداً ، ثم لقيه غداً. فقال : قد بعتنى ثوبك هذا بألف درهم، فقال : بلى . فقال : قد أخذته ، فهو باطل. وهذا على ما كان قبله من البيع الفاسد، فإن كانا تتاركا البيع الفاسد فهو جائز اليوم[1] »

وفى الفتاوى الهندية : « اشترى وسائد وطنافس لم تنسج ولم يذكر الأجل ، لا يصح ، ولو نسج الوسائد وسلمها لا يصح . والتعاطى إنما يكون بيعاً إن لم يكن بناء على بيع فاسد أو باطل ، وأما إذا كان بناء عليه فلا[2] . »

على أن شبهة انتفاء التراضى بالمبادلة الفعلية اللاحقة إذا قام دليل عكسى على انتفائها، صحت المبادلة . من ذلك ما جاء فى البدائع : «ولو باع عدداً من جملة المعدودات المتفاوتة كالبطيخ والرمان بدرهم، والجملة أكثر مما سمى ، فالبيع فاسد لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى المنازعة . فإن عزل ذلك القدر من الجملة بعد ذلك ، أو تراضيا عليه ، فهو جائز ، لأن ذلك بيع مبتدأ بطريق التعاطى . وإليه أشار فى الكتاب فقال : وإنما وقع البيع على هذا المعزول حين تراضيا . وهذا نص على جواز البيع بالمراوضة[3] » .

الحالة الثانية : قد تختلط صورة التعاطى الصحيح مع صورة التبادل الفعلى المصحوب برفض صحيح . ذلك لأن التعاطى يفيد الرضا دلالة ، وهذه الدلالة لا تقوى على الوقوف فى وجه التعبير الصريح « فلو صرح أحد الطرفين بأنه يرفض التعاقد ، فإن دلالة الرضاء المستفادة من التعاطى تنتفى ، ولا يتم العقد . والرفض الصريح ينفى الرضاء الضمنى المستخلص من التعاطى ، حتى لو كان هذا الرفض صريحاً يجوز حمله على غير ظاهره ، بأن يحمل على تظاهر المتعاقد بالرفض ، لتطييب قلب المتعاقد الآخر ، وجعله يعتقد أن الصفقة لمصلحته . وهذا لأن الأصل فى الفقه الإسلامى هو تقديم اللفظ على غيره ، إذ هو أدل على الإرادة الظاهرة[4] » .

---

(١) رد المحتار ، جـ ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .
(٢) الفتاوى الهندية ، جـ ٣ ، ص ٨ .
(٣) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٥٨ ، س ٤ .
(٤) مصادر الحق ، جـ ١ ، ص ١١٤ — ص ١١٥ .

جاء فى الفتاوى الهندية : «دفع إليه الدراهم ليشترى منه البطاطيخ المعينة ، فأخذها ويقول لا أعطيها بها ، وأخذ المشترى منه البطاطيخ ، فلم يستردها ، ويعلم عادة السوقة أن البائع إذا لم يرض يرد الثمن أو يسترد المتاع ، وإلا يكون راضياً ، ويصيح خلفه : لا أعطيها تطييباً لقلب المشترى ، فقال مع هذا لايصح البيع ، كذا فى القنية[1]» .

ويلاحظ أن حرص الفقهاء فى الحالتين السابقتين على تمييز التعاطى عن التبادل الفعلى اللاحق لعقد باطل ، أو المصاحب لتصريح مخالف لمعنى المبادلة ، يرجع إلى ريبة الفقهاء فى المبادلة الفعلية كوسيلة للتعبير عن الإرادة ؛ فهم سرعان ما يتخلون عنها إذا قامت أدلة مناهضة ، كالتصريح بالرفض الظاهرى كما فى الحالة الثانية وشبهة انتفاء التراضى كما فى الحالة الأولى . وحتى لو كانت هذه الشبهة لاتؤهلها قوتها لهدر هذه المبادلة التى ذهب الأحناف إلى أنها فى الأساس دليل على التراضى .

(ب) — الإعطاء من جانب واحد أو من جانبين : ليست تكفى دلالة ظروف موقف ما على الرضا بصورة ظاهرة لكى يعتبر تعاطياً بل لابد من حركة إيجابية قوامها إعطاء من أحد الجانبين وأخذ من الآخر . ونعرض فيما يلى موقفا ينم عن الرضاء بصورة ظاهرة بيد أن الفقهاء لم يشاءوا أن يصفوه بالتعاطى لخلوه من الإعطاء ففى اليتيمة : « سئل الحسن بن على عن رجل ساوم وكيل البائع السلعة باثنين وعشرين ديناراً وأبى الوكيل إلا بخمسة وعشرين ، فقال المشترى : « أنزل لى هذه الثلاثة الدنانير » ورضى بذلك من غير أن يوجد منه قول ، وهناك شهود على أنه رضى ، فطابت نفسه بذلك . هل يكون ذلك بيعا ؟ فقال هذا القدر ليس ببيع ، إلا أن يوجد منه الإيجاب والقبول ، أو مايقوم مقامهما من الفعل ، كذا فى التتارخانية[2] » .

ويلاحظ من المثال السابق أن أسارير وجه البائع التى دلت على طيب نفسه بالصفقة والتى لاحظها الشهود لم تَرْقَ فى نظر الفقهاء إلى مايمكن أن يعد إظهاراً للارادة ذلك لأن هذا الإظهار يتجلى فى التعاطى فى الأخذ والإعطاء .

---

(١) الفتاوى الهندية ، ح ٣ ، ص ٩ ، وراجع أيضاً رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .
(٢) راجع ماسبق ، ص ٤٠ .

§ ٣ — تمييز التعاطى عن الأوضاع المشابهة

٢٤٤ — ونستعرض فيما يلى تمييز التعاطى عن التعاقد بدلالة الحال والعقد الذى يكون أحد شطريه تعبيراً ضمنياً[١] .

(ا) **التمييز بين التعاقد بالتعاطى والتعاقد بدلالة الحال** : ثمة فرق واضح بين التعاقد بالتعاطى ، والتعاقد بدلالة الحال حيث لايكون ثمة أخذ وإعطاء من الجانبين ، بل موقف من العاقدين لا تدع ظروف الحال شكاً فى دلالته على التراضى . كما لو ترك إنسان متاعه بين يدى شخص آخر ، وذهب ، وذلك الآخر ساكت ، لم ينهه ولم يتنصل من حفظه ، فإنه ينعقد عقد الإيدع بينهما بدلالة الحال ويصبح الشخص الآخر وديعاً مكلفاً بالحفظ .

وكذا لو دخل شخص خاناً ، فقال لصاحب الخان أين أربط دابتى ، فأراه محلا ، فربط الدابة فيه ، انعقد الإيداع دلالة .

(ب) **التمييز بين التعاطى والعقد الذى يكون أحد شطريه تعبيرا ضمنيا** :

لعل أول من نبه إلى دقة التمييز بين هذين الوضعين هو الفقيه ابن عابدين إذ يقول: « قلت وقوله من غير لفظ يفيد ما قدمناه عن الفتح من أنه لو قال : بعتكه بألف . فقبضه المشترى ، ولم يقل شيئاً كان قبضه قبولا ، وليس من بيع التعاطى ، خلافا لمن جعله منه . فإن التعاطى ليس فيه إيجاب ، بل قبض بعد معرفة الثمن[٢] . »

وقال فى مكان آخر : «فإن من الفروع ما لو قال : كل هذا الطعام بدرهم ، فأكله تم البيع ، وأكله حلال . والركوب واللبس بعد قول البائع : اركبها بمائة ، والبسه بكذا ، رضا بالبيع . وكذا إذاقال : بعتكه بألف ، فقبضه ، ولم يقل شيئا ، كان قبضه

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهى العام ، ج ١ ، ف ١٦٠ ، ص ٢٢٩) حيث اعتبر عقود الإذعان — كالإشتراك فى المياه والنور والهاتف — من قبيل عقود التعاطى ، على ما بينهما من فارق ، مرده انتفاء الصيغة العقدية فى الثانية دون الأولى . هذا إلى أن عقود التعاطى — خلافاً لعقود الاذعان — لاتخلو عادة من سبق استيام .

(٢) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٦ — ١٧ .

قبولا ، بخلاف بيع التعاطى ، فإنه ليس فيه إيجاب ، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط ، ففى جعل الأخيرة من صور التعاطى ، كما فعل بعضهم ، نظر ! [1] » .

وتتبدى ثمرة التمييز بين التعاطى والعقد الذى يكون أحد شطريه تعبيراً ضمنياً بوجه خاص فى عقد النكاح حيث لا يجوز انبرامه عن طريق التعاطى . فإذا ما عولنا على الملحوظة التى أبداها ابن عابدين ، استطعنا تصحيح عقد النكاح فى الحالات التى تم فيها القبول ضمناً بطريق دفع المهر . ويبدو أن صاحب المحيط قد جنح إلى القول بعدم انعقاد النكاح فى هذه الحالة معتبراً صورة العقد فيها ضرباً من ضروب التعاطى .

جاء فى البحر الرائق : « وهل يكون القبول بالفعل كالقبول باللفظ كما فى البيع . قال فى البزازية : أجاب صاحب البداية فى امرأة زوجت نفسها بألف من رجل عند الشهود ، فلم يقل الزوج شيئاً ، لكن أعطاها المهر فى المجلس ، أنه يكون قبولا . وأنكره صاحب المحيط . وقال : لا . ما لم يقل بلسانه : قبلت ، بخلاف البيع . لأنه ينعقد بالتعاطى . والنكاح لخطره ، لا ينعقد حتى يتوقف على الشهود بخلاف إجازة نكاح الفضولى بالفعل ، لوجود القول ثمة[2] »[3] .

§ ٤ — نطاق التعاطى

٢٤٥ — أجمعت الأنظار الفقهية على عدم صلوح التعاطى كوسيلة لانعقاد عقد النكاح ، ولعل مرد إجماعها أن عقد النكاح فى الفقه الإسلامى لا يتم إلا بالإشهاد . ولما كان مؤدى التعاطى فى النكاح هو التماشر الإستمتاعى بين الزوجين ، وكان ذلك متعذراً بحضور الشهود ، لذلك فقد أوجب الفقه الإسلامى التلافظ فى عقد النكاح لأنه ميسور السماع . وفيما عدا ذلك فإن عقد النكاح ، لما له من صلة بالنظام العام فى المجتمع الإسلامى ، ونظراً لما يتعلق به من حقوق الغير وهو النسل ، فقد حرص المشرع على إبرازه وتمييزه عن المخادنة ، وليس كاللفظ أدل وأبين على التمييز بين حالتى النكاح

---

(١) المرجع السابق ، ص ٩ .

(٢) البحر الرائق ، حـ ٣ ، ص ٨١ ، س ٢١ .

(٣) انظر أيضاً الفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٥٣٨ ، هامش رقم ٢ ، ص ٣٨٥ .

المشروع الذى تصان به حقوق هذا الغير ، والسفاح الممنوع الذى تهدد به هذه الحقوق .

المطلب الثانى
التعاطى فى رأى الفقهاء

٢٤٦ — لئن اتفقت الانظار الفقهية على استبعاد التعاطى كوسيلة لإنعقاد النكاح فهى قد اختلفت فى الإعتراف به كوسيلة لإنعقاد العقود الأخرى ونستعرض فيما يلى مختلف هذه الآراء . فنبدأ بالرأى المفصل وهو مذهب الأحناف ، ثم الرأى المضيق وهو مذهب الشافعية والشيعة ، وأخيراً الرأى الموسع وهو مذهب الحنابلة والمالكية .

§ ١ — التعاطى فى المذهب الحنفى

٢٤٧ — لم يصل الفقه الحنفى إلى تقبل التعاطى وسيلة للتعبير عن الإرادة طفرة وإنما وصل إليه متدرجاً . ولعل مرد ذلك حرص هذا الفقه فى بدء تطوره على تطبيق الأصل المقرر لديه وهو إيثار التعبير اللفظى . وهذا السبب هو الذى حدا بالأحناف إلى الاعتراف بالتعاطى فى بادىء الأمر بحذر وحيطة وحصره من ثم فى نطاق ضيق هو نطاق المعاوضات فى الأشياء الخسيسة . وهو الذى دعاهم أيضاً إلى عدم اعتبار التعاطى بيعاً، يدل على ذلك عدم اعتبارهم البيع بالتعاطى سبباً للحنث[1] ويدل على ذلك أيضا تعريفات بعض الفقهاء للعقد . فقد جاء فى تعريف سعدى چلبى إن « العقد قول يكون له حكم المستقبل ، فلا عقد فى صورة التعاطى[2] » وواضح أن مؤدى هذا التعريف أن « التصرف الذى يتم تنفيذه بمجرد انعقاده بحيث لا يتخلف عنه أثر لا يكون عقداً ، وإنما العقد هو الذى يرتب أثراً يبقى مدة من الزمن قبل أن يتم تنفيذه ومن ثم لا يكون بيع التعاطى عقداً ، لأنه قد تم تنفيذه بمجرد انعقاده ، فلم يتخلف عنه أثر باق[3] » .

---

(١) جاء فى رد المحتار (ج ٣ ، ص ١٦٠ ، س ٢١) : « ونقل فى النهر عن البدائع تأييد عدم الحنث فى البيع بالتعاطى . والظاهر أن الشراء مثله فيفيد عدم الحنث فيه أيضاً . لكن لا يخفى أن العرف الآن يخالفه . »

(٢) حاشية سعدى چلبى على شرح العناية على الهداية ، ج ٥ ، ص ١٧٢ .

(٣) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٧٤ .

على أن العرف فيما بعد قد دعا الأحناف كما سنرى إلى التوسع في تقبل التعاطي وتسميته عقداً ونستطيع أن نقرر أن الفقه الحنفي مر في مرحلتين في تطوره :

١ — من حيث نظرته إلى محل التعاقد : فقد اعترف في بادئ الأمر بالتعاطي كوسيلة لبيع الأشياء الخسيسة ، ثم انتقل إلى الإعتراف به كوسيلة لبيع الأشياء النفيســة .

٢ — من حيث نظرته إلى شطري التبادل : فقد اتجه الرأي الراجح في المذهب الى إقرار التعاطي من جانبين وعدم الاكتفاء بالإعطاء من جانب واحد.

(١) — تطور الفقه الحنفي في نظرته إلى محل التعاطي

٢٤٨ — محل التعاقد إما أن يكون شيئاً نفيساً أوشيئاً خسيساً. والنفيس ما كثر ثمنه كالسيارة والجوهرات. أما الخسيس فهو ماقل ثمنه كالخبز . ويرى البعض أن النفيس ما كان بنصاب السرقة فأكثر والخسيس بما دونه . وجاء في الفروع أن الخسيس هو الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز واللحم والرمان والحطب والزيت والمدس الخ . .

ولقد أجاز الفقهاء الأحناف في بادىء الأمر التعــاطي كوسيلة لانعقاد البيع في الخسيس دون النفيس ، ثم مالبثوا أن أجازوه فيهما معاً . ولقد كان كل من العرف ، كما أشرنا سابقاً ، ودلالة التعاطي على الرضا هوالعامل الأهم الذي حدا بهم إلى التوسع .

ونستعرض فيما يلي النصوص الفقهية في هذا الصدد .

جاء في البدائع :« وذكر القدوري، أن التعــاطي يجوز في الأشياء الخسيسة ، ولا يجوز في الأشياء النفيسة . ورواية الجواز في الأصل مطلق عن هذا التفصيل ، وهي الصحيحة .

لأن البيع في اللغة والشرع إسم للمبادلة ، وهي مبادلة شيء مرغوب بشيء مرغوب وحقيقة المبادلة بالتعاطي، وهو الأخذ والإعطاء . وإنما قول البيع والشراء دليل عليهما والدليل عليه قوله عز وجل لا أن تــكون تجارة عن تراض منكم ، والتجــارة

عبارة عن جعل الشيء للغير ببدل ، وهو تفسير التعاطى ، وقال سبحانه وتعالى : « أولئك الذين اشتروا الضلالة بالهدى فما ربحت تجارتهم وما كانوا مهتدين » .

أطلق سبحانه وتعالى إسم التجارة على تبادل ليس فيه قول البيع . وقال الله عزوجل : « إن الله اشترى من المؤمنين أنفسهم وأموالهم بأن لهم الجنة » سمى سبحانه وتعالى مبادلة الجنة بالقتال فى سبيل الله بيعاً . . وإن لم يوجد لفظ البيع .

وإذا ثبت أن حقيقة المبادلة بالتعاطى ، وهو الأخذ والإعطاء ، فهذا يوجد فى الأشياء الخسيسة والنفيسة جميعاً، فكان التعاطى فى كل ذلك بيعاً ، فكان جائزاً[1] . »

وفى فتح القدير : « ولهذا ينعقد . . . بالتعاطى فى النفيس والخسيس . قيل النفيس نصاب السرقة فصاعداً والخسيس مادونه . وقوله — هو الصحيح — إحتراز من قول الكرخى أنه إنما ينعقد بالتعاطى فى الخسيس فقط ، وأراد بالخسيس الأشياء المحتقرة كالبقل والرغيف والبيض والجوز استحساناً للعادة . قال أبو معاذ رأيت سفيان الثورى جاء إلى صاحب الرمان ، فوضع عنده فلساً ، وأخذ رمانة ، ولم يتكلم ، ومضى وجه **الصحيح أن المعنى ،وهو الدلالة على التراضى ، يشمل الكل وهو الصحيح ،** فلامعنى للتفصيل[2] » .

وفى تبيين الحقائق : « قال رحمه الله . . . ويلزم بالتعاطى أيضاً ، ولا فرق بين أن يكون المبيع خسيساً أو نفيساً . وزعم الكرخى أنه ينعقد به فى شىء خسيس لجريان العادة ولا ينعقد فى النفيس لعدمها . والصحيح الأول، **لان جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ** ، وقد وجد التراضى من الجانبين ، فوجب أن يجوز[3] » .

(ب) تطور الفقه الحنفى فى نظرته إلى شطرى التعاطى

٢٤٩ — يذهب الأستاذ الدكتور السنهورى إلى أن الفقه الحنفى سار فى تطوره فى موقفه من التعاطى ، من اشتراط القبض فى البدلين إلى الإكتفاء بقبض البدل الواحد . واعتبر هذا التطور رد فعل ضد ما يثقل صيغة العقد فى الفقه الحنفى من إيثار للفظ على

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٤ .

(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٧ .

(٣) تبيين الحقائق ج ٤ ، ص ٤ .

غيره من مظاهر التعبير . فقد جاء فى كتابه مصادر الحق : « يمكن القول أن التعاقد بالتعاطى احتل مكانه فى المذهب الحنفى تدرجاً لا طفرة ... فقد كان قبض البدلين جميعاً شرطاً فى تمام العقد ، ثم صار قبض أحد البدلين يكفى[1] » واستخلص فى موضع آخر من هذه الظاهرة — وخلافاً للتدرج الذى قرره هناك — مايشبه الطفرة فى الفقه الحنفى فقال : « ولكن التعاطى اعتبر بعد ذلك ، لاعلى الوجه المتقدم [أى لامطاوعة للعرف] بل من طريق مايتضمن من الدلالة على الرضاء . فالفعل هنا — وهو التعاطى — يعدل القول .. ويكفى فيه قبض أحد البدلين ، مادام أنه فى الحالتين يدل على التراضى. وفى هذا رد فعل ضد الإمعان فى اللفظية ، وتخفيف من أثر تقدم اللفظ على غيره من مظاهر التعبير عن الإرادة[2] » .

٢٥٠ — ونحن نرى أن هذا التطور الذى ذهب إليه الأستاذ السنهورى محل للنظر لعدة أسباب :

(١) إن كتب المذهب قد أشارت ، بالإضافة إلى الرأيين السابقين ، إلى وجود رأى ثالث ، منذ فجر تكوين الفقه الحنفى . فقد جاء فى رد المحتار تعقيباً على ما جاء فى الدر المختار : « (قوله : فتحرر ثلاثة أقوال) هذا الاختلاف نشأ من كلام الإمام محمد ، فإنه ذكر بيع التعاطى فى مواضع : فصوره فى موضع بالإعطاء من الجانبين ، ففهم منه البعض أنه شرط . وصوره فى موضع بالإعطاء من أحدهما ، ففهم البعض أنه يكتفى به . وصوره فى موضع بتسليم المبيع ، ففهم البعض أن تسليم الثمن لا يكفى[3] » .

(٢) إن الفتوى التى جرى عليها العمل ، تشير إلى أن منحى التطور قد سار فى اتجاه معاكس لما يذهب إليه الأستاذ السنهورى . فقد جاء فى الدر المختار : « وقيل لابد فى التعاطى من الإعطاء من الجانبين ، وعليه الأكثر . قاله الطرسوسى واختاره البزازى ، وأفتى به الحلوانى ، واكتفى الكرمانى بتسليم المبيع مع بيان الثمن فتحرر ثلاثة أقوال ، وقد علمت المفتى به[4] » .

---

(١) مصادر الحق ، حـ ١ ، ص ١٠٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص١١٩ .

(٣) و (٤) ابن عابدين ، حـ ٤ ، ص ١٦ — ص ١٧ .

(٣) إننا نعتقد أن الاكتفاء بقبض أحد البدلين هو أليق بمبدأ الرضائية المطلق — الذى لا يقبله الأحناف فى مجال الصيغة إلا بتحفظ بالغ — من اشتراط القبض من الجانبين . ذلك لأن التعاطى من جانبين يتضمن إيجابية نلمسها فى قبض البدلين وهى تبدو فى اشتراط عنصر مادى ملموس زائد على التراضى المحض .

أما التعاطى من جانب واحد فهو يتضمن إيجابية وحيدة الطرف نجدها فى عنصر القبض لدى الطرف القابض ، بينما تسود السلبية المطلقة لدى الطرف الآخر غير القابض ، حيث لا ينضم إلى رضاه المحض أى عنصر مادى . ولذلك وصفنا هذه الحالة بأنها أقرب إلى الرضائية المحضة . وغير خاف أن استخلاص الرضا من هذه السلبية يتضمن ازوراراً كبيراً عن الأصل المقرر فى الفقه الحنفى وهو إيجابية الصيغة فى مظهر لفظى . وعندى أن الفقهاء الأحناف لم يتخلوا عن هذا الأصل العزيز عليهم إلا بحيطة وحذر بالغين ولذا فإنك تجد أكثرهم لم يتقبل مبدأ التعاطى الوحيد الجانب فى العمل بل آثر عليه مبدأ التعاطى من الجانبين الذى يتفق مع تلك الحيطة وذاك الحذر . ويتفق من جهة أخرى مع المذهب المالكى الذى يرتاب من التعاطى الوحيد الجانب فيجعله عقداً غير ملزم ويطمئن إلى التعاطى من الجانبين فيجعله عقداً ملزماً . وإذا كان معروفاً أن المذهب المالكى هوأقرب إلى الأخذ بالتعاطى من المذهب الحنفى ، فإنه ليغدو من غير المستطاع أن نقرر ، وخلافاً لما عرف عن هذين الفقيهين، أن الفقه الحنفى قد بز الفقه المالكى فى التعاطى فاعتبره ملزماً عند ما يكون من جانب واحد ، بينما ظل هذا النوع من التعاطى غير ملزم فى الفقه المالكى .

§ ٢ — الرأى المضيق : نفاة التعاطى

٢٥١ — رأينا سابقاً أن الأحناف قد انتهوا إلى الاعتداد بالتعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة فى جميع العقود وبدون قيد . ورأينا أيضا أن فريقاً منهم قد توسع فى هذا الاعتداد وقبل التعاطى من جانب واحد واعتبره ملزما الأمر الذى لم يصل إليه المذهب المالكى الذى يقول بعدم اللزوم فى هذه الحالة . وسنرى فيما يلى أنه على النقيض من المذهب الحنفى الذى بز المذاهب الموسعة بعد تطوره ، جمد المذهبان الشافعى والشيعى فى مكانهما فلم يتزحزحا عن نقطة الانطلاق التى بدأ فيها المذهب الحنفى ، بل ظلا يعيزان

بين الأشياء الخسيسة والنفيسة ، يقران التعاطى فى الأولى دون الثانية . على أن هذا الإقرار نفسه قد تخالف فيه المذهب الشيعى عن المذهب الحنفى فى نقطة انطلاقه ، فبينما كنا نجد هذا المذهب الأخير يعتدبالتعاطى كوسيلة لنقل الملكية فى المحقرات نرى هنا الاتجاه السائد فى الرأى المضيق فى المذهب الشيعى يتخلف عن المذهب الحنفى ، ويرى فى التعاطى وسيلة عاجزة عن انتقال الملكية .

وننقل فيما يلى نصوصا عن المذهبين تؤكد ما سبق :

(١) المذهب الشيعى :

جاء فى الروض النضير : « والقول المنعقد به البيع هو الإيجاب والقبول فى مال مع شروط معتبرة . واستثنى من ذلك المحقر ، لجرى عادة الناس بالدخول فيه بغير صيغة ، وهو مذهب الهادوية وبعض الشافعية . وروى فى شرح القدورى من الحنفية الإجماع عليه ، وعند جمهور الشافعية لابد فيه من اللفظ كغيره ، واختلفوا فى قدر المحقر : فقيل هو ما دون ربع المثقال ، وقيل قدر قيراط المثقال فما دون . وقيل هو نحو البقول والفواكه والخبز . وقيل ما دون نصاب السرقة . قيل والأقرب فى ذلك اتباع العرف والعادة . وهو الذى يشير إليه كلام صاحب الأثمار فى إدخال المنقول وغيره فى المحقر لما جرت به عادة الناس غالبا فى الاكتفاء فيه بالمعاطاة ...

نعم جرت العادة بعدم التساوم والتعاقد فى المال الحقير فيكفى فيه التعاطى ، لأنه يسمى بيعاً لغة وعرفاً . واختاره جماعة من الشافعية . وأما أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد فى التبايع أخذاً بظاهر الخطاب . . . ويؤيده أنه قد تقرر فى القواعد الفقهية المتفق على صحتها أن كل ما رتب الشارع عليه حكما ، ولم يحد فيه حداً ، يرجع فيه إلى العرف كما تقدم[١] » .

وفى جواهر الكلام : « ولا يكفى مجرد الرضا فى حصول الملك بدون الإيجاب والقبول فى الجليل والحقير ، لحصر الشارع أسباب الملك فى العقود ، فالمعاطاة تفيد إباحة لاغير[٢] » .

---

(١) الروض النضير لشرف الدين الحسين الحيمى ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .
(٢) جواهر الكلام فى باب العقود للنجفى ، ص ٣٩ ، س ٢ .

وفى مفتاح الكرامة : « وأما المعاطاة فى البيوع والإجارات ونحوها فليس من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة ، لا يشترط فيها شيء من شروط البيع[1] » .

(٢) المذهب الشافعى :

جاء فى نهاية المحتاج : « والرضا أمر خفى لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلاً على الرضا فلا ينعقد بمعاطاة ، وهى أن يتراضيا مع السكوت منهما ، واختار المصنف انعقاده بها فى كل مايعده الناس بها بيعاً . وآخرون فى محقر كرغيف . أما الاستجرار من بياع فباطل اتفاقاً . أى حيث لم يقدر الثمن كل مرة . على أن الغزالى سامح فيه أيضاً بناء على جواز المعاطاة ... أما فى الدنيا فيجب على كل رد ما أخذه[٢] » .

وفى الأشباه والنظائر : « قال الفقهاء : كل ما ورد به الشرع مطلقاً ، ولا ضابط له فيه ، ولا فى اللغة ، يرجع فيه إلى العرف .

وخرجوا عن ذلك فى مواضع ، لم يعتبروا فيها العرف ، مع أنها لاضابط لها فى الشرع ، ولافى اللغة . منها المعاطاة على أصل المذهب ، لا يصح البيع بها ولو اعتيدت . لا جرم أن النووى قال : المختار الراجح دليلاً الصحة . لأنه لم يصح فى الشرع اعتبار لفظ ، فوجب الرجوع إلى العرف كغيره من الألفاظ[٣] » .

وجاء أيضاً : « من العقود ما لا يفتقر إلى الإيجاب والقبول لفظاً ، فالأول منه الهدية ، فالصحيح أنه لا يشترط فيها الإيجاب والقبول لفظاً . يكفى البعث من المهدى والقبض من المهدى إليه[٤] » .

ويلاحظ من النصوص السابقة أن الفقه الشافعى حائر بين أصول مذهبه التى تنبذ التعاطى كوسيلة لانعقاد العقد ، وبين مقتضيات العرف التى تأمر به . وها هو الرملى يصرح فى النص الأول . أن المصنف قد اختار انعقاد العقد بالتعاطى فى كل ما يعده الناس بيعاً ، وأن الغزالى قد سامح فى قبول الاستجرار ، ويصرح السيوطى

(١) مفتاح الكرامة للعاملى ، حـ ٤ ، ص ٣ ، س ٢٢ .
(٢) نهاية المحتاج للرملى ، حـ ٣ ، ص ٤ .
(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ١٠١ ، س ١٥ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢١ .

أيضاً بأن النووى قد صحح البيع بالمعاطاة ، وسنلمس ثمرة الفارق بين مرونة المذهب الشافعي في نفيه للتعاطى مع صلابة الشيعة في هذا النفي عند بحثنا لآثار التعاطي .

(ا) آثار التعاطي

٢٥٢ — على أن التعاطى وحتى فى السلع الحقيرة إذا كان عاجزاً عن نقل الملكية فهل معنى ذلك انعدام أى أثر له ، أم أنه يجر وراءه بعض الآثار ؟ الواقع أن أصحاب هذا الرأى لم يستطيعوا أن يتجاهلوا واقعة التعاطى كأمر واقع ، ويبدو أنهم رتبوا عليها آثاراً ، ولكن لا كعقد ، بل كواقعة قانونية . وهنا يجب أن نميز بين ما تولده هذه الواقعة من أثر دينى أخروى وأثر دنيوى قضائى .

٢٥٣ (ا) *الأثر الديني* : يبدو أن إجماع نفاة التعاطى يكاد ينعقد على عدم اعتبار واقعة التعاطى غصباً ، لشبهة وجود التراضى . على أن صاحب النهاية وهو من فقهاء الشيعة قد وصل به الحد إلى تجريد التعاطى من كل أثر شرعى ، مهما كان ضعيفاً ، فدعا إلى وصفها بعدم المشروعية مستنداً إلى فقدان أية قاعدة شرعية تسوغ حيازة المشترى ، ذلك لأن القواعد التى نص عليها الشارع لتحديد طرق اكتساب الملكية جاءت ، فى نظره ، على سبيل الحصر وليس بينها المعاطاة[1] وقد أجيب عن هذا بأن الطرق التى حددها الشارع للتعاقد ، إذا كان الهدف منها إكساب المتصرف إليه الملكية ، فليس ما يمنع من اعتبار ما وراء هذه الطرق — كالمعاطاة — صالحاً لانتقال الإباحة المشروعة .

جاء فى نهاية المحتاج فى هذا الصدد : « وعلى الأصح لا مطالبة بسبب المعاطاة بما يأخذه كل من العاقدين بالمعاطاة فى الآخرة ، أى من حيث المال ، بخلاف تعاطى العقد الفاسد ، إذا لم يوجد له مكفر ، كما هو ظاهر ، للرضاء[2] . »

---

(١) راجع العنصر النفسى فى العقود وفقاً للقانون الإيرانى للدكتور جلال عبده ، باريز عام ١٩٣٧ ، ص ٨٨ .

(٢) نهاية المحتاج حـ ٣ ، ص ٤ .

وفى حاشية الشبراملسى : « وعقد المعاطاة من الكبائر ، وفى كلام بعضهم أنه صغيرة وأنه المعتمد . . . ولو وقع بيع بمعاطاة بين مالكى وشافعى . هل يحرم ذلك لأعانته الشافعى على معصية فى اعتقاده أم لا ؟ فيه نظر ! والجواب أن الأقرب الحرمة كما لو لعب الشافعى مع الحنفى الشطرنج ، حيث قال يحرم على الشافعى لإعانته الحنفى على معصية فى اعتقاده[1] . »

٢٥٤ — (ب) **الأثر الفضالى** : هذا وإذا كانت المعاطاة تسوغ حيازة المتصرف إليه ، فهل يقتصر دورها على هذا أم يتعداه إلى تسويغ نقل ملكية المعاطى إلى الآخذ[2] ؟ وعلى فرض أن المعاطاة تنقل الملكية فهل تكون عندها غير قابلة للفسخ ؟

يبدو أن موقف نفاة التعاطى ليس واحداً فى مجابهتهم لهاتين المشكلتين . فالبعض وهم الشيعة يجيبون بالنفى عن هذين السؤالين ، فهم يرون أن المعاطاة لا تفيد ملكاً ، ولطرفى المعاطاة الفسخ . أما الشافعية فهم يرون أن المعاطاة تنقل الملكية شأنها فى ذلك شأن العقد الفاسد ، وعلى كل رد ما أخذه ، إن كان باقياً ، وبدله إن تلف .

وننقل فيما يلى نصوصاً من كتب أنصار هذا الرأى المضيق تبين سلبية الشيعة فى اعتبار المعاطاة ناقلة للملكية وإيجابية الشافعية فى هذا الصدد .

(ا) المذهب الشيعى

جاء فى جواهر العقود للنجفى : « ولا يكفى مجرد الرضا فى حصول الملك بدون الإيجاب والقبول فى الجليل والحقير لحصر الشارع أسباب الملك فى العقود . فالمعاطاة تفيد إباحة لا غير[3] . »

وفى مفتاح الكرامة للعاملى : « وأما المعاطاة فى البيوع والإجارات ونحوها فليس من العقود قطعاً ، لأنها إباحة محضة ، لا يشترط فيها شىء من شروط البيع ، لا كما توهمه الشهيد الثانى .

---

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ٢٨ .
(٢) لم نقل المشترى لأن المعاطاة ليست عندهم بيعاً .
(٣) جواهر الكلام فى باب العقود للنجفى ، ص ٣٩ ، س٢ .

وأما المستفاد من إطلاق الكتاب والسُّنة من الدلالة على الإنتقال واللزوم فمختص بالعقود ، وليس التراضى مع التقابض منها قطعاً لغة وعرفاً ، والشك كاف جزماً ، ونمنع تسمية ذلك بيعاً حقيقة إجماعاً[1] . »

ويلاحظ أن فقهاء الشيعة لا يسمون التعاطى بيعاً على سبيل الحقيقة بل على سبيل المجاز ففى جواهر العقود : « فإطلاق البيع مجازاً ، وعلى إرادة المبادلة التى هى أحد إطلاقاته[2] . » وفى تحرير المجلة لـكاشف الغطاء فى نقده للمادة ١٧٥ من المجلة التى تنص على « أن المقصد الأصلى من الإيجاب والقبول هو تراضى الطرفين ، فينعقد البيع بالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى ، ويسمى هذا بيع التعاطى » ما يلى : « وفى عبارة المجلة أيضاً نوع من التسامح حيث جعل القصد الأصلى من العقد ، أى الإيجاب والقبول ، هو التراضى ، مع أن الرضا والتراضى إذن وإباحة ، وهو غيرما هو المقصود بالعقود . فإن المهم فيها هو إنشاءالتمليك والمبادلة . والرضا بتصرف الغير فى ملـكك معنى ، وجعل مالك ملـكاً للغير معنى آخر . والمعاطاة التى هى أخت العقد اللفظى هى التى يقصد بها إنشاء البيع والتمليك ، وهذه هى التى ينبغى أن تكون محل الـكلام وموضع النقض والإبرام ، لا التى يراد بها الرضاء بإباحة التصرف وحلية الانتفاع شبه العارية ونحوها .

نعم ! اختلف فقهاؤنا أشد الاختلاف فى موضوعها ، والمعنى المقصود منها فى موضع النزاع كاختلافهم فى حكمها . فقيل : هو ما قصد به المتعاطيان الإباحة . وقيل : ما قصد به التمليك . وقيل : ما تجرد عن كل منهما[3] . »

ولعل هذا الرأى الأخير الذى أشار إليه كاشف الغطاء ، والذى يجرد التعاطى عن أن يكون وسيلة للتمليك والإباحة ، هو رأى صاحب النهاية الذى سبق أن أشرنا إليه ، والذى يعتبر التعاطى عملا غير مشروع .

(٢) المذهب الشافعى

جاء فى نهاية المحتاج للرملى : « فلا ينعقد بالمعاطاة وهى أن يتراضيا ولو مع

(١) مفتاح الـكرامة للعاملى ، حـ ٤ ، ص ٣ ، س ٢٢ .
(٢) جواهر العقود ، ص ٣٩ ، س ٧ .
(٣) تحرير المجلة لـكاشف الغطاء ، ص ١٥٢ .

السكوت منهما . . . أما فى الدنيا فيجب على كلٍ رد ما أخذه إن كان باقياً وبدله إن تلف[1] . »

وأخيراً ننقل ما جاء فى الروض النضير فى مقارنة المذهبين فى هذا الصدد :

« وأما المعاطاة فى غير المحقر فقالت الهادوية والشافعية: لايكون بيعاً ثم اختلفوا . فالهادوية قالت: لا يوجب الملك بل يوجب إباحة . وهو وجه للشافعية . ووجه آخر: إنه كالمقبوض بعقد فاسد فيجب رده أو بدله إن تلف . ولكل منهما الفسخ . وقال المؤيد بالله والخراسانيون من الحنيفة : إنه ينعقد البيع بالمعاطاة استحساناً . والقياس أنه لا ينعقد . ولكنه لا يملك فيهما إلا بالقبض عند المؤيد . وهذا التفريع مترتب على اشتراط التلافظ فى غير المحقر[2] . »

(ب) أدلة نفاة التعاطى

٢٥٥ — يستند نفاة التعاطى من الشيعة والشافعية إلى أدلة نقلية وفنية فى دعم رفضهم للتعاطى كوسيلة للإنعقاد . وتكاد تهدف هذه الأدلة كلها لإثبات المبدأ القائل بأن جوهر التصرف القانونى هو اللفظ . وينطوى هذا المبدأ على شطرين أولهما : إن اللفظ وحده ملزم . وثانيهما : إن الرضاء غير ملزم[3] ونستعرض فيما يلى هذه الأدلة ،

---

(١) نهاية المحتاج ، حـ ٣ ، ص ٤ .

(٢) الروض النضير ، ص ٣ ، ص ٢٠٥ .

(٣) ويقرر الفقهاء هذا المبدأ ونتائجه بوجوه مختلفة :

يقول الجيمى (الروض النضير ، حـ ٣ ، ص ٢٠٦) : « وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة ... وليس إلا القول المترجم عما فى النفس » ويقول كاشف الغطاء (تحرير المجلة ، ص ١٥٢) « إن الرضا والتراضى إذن وإباحة وهو غير المقصود بالعقود فإن المهم فيها هو إنشاء التمليك والمبادلة ... والمعاطاة التى هى أخت العقد اللفظى هى التى يقصد بها إنشاء البيع والتمليك وهذه هى التى ينبغى أن تكون محل الكلام وموضع النقض ... » ويقول العاملى (فتح الكرامة ، ج ٤ ، ص ٣) : « وليس التراضى مع التقابض من العقود قطعاً لغةوعرفاً ... ويستفاد من أخبار معتبرة عدم الإكتفاء بمجرد القصد والإشارة وأنه لابد من اللفظ ... » .

ويقول النجفى (جواهر الكلام ، ص ٢٩) : « ولا يكفى بجرد الرضا [illegible] الملك به الإيجاب والقبول » ويقول الرملى (نهاية المحتاج ، ج٣ ، ص ٤) : «وا [illegible] خفى لا اطلاع لنا عليه فجعلت الصيغة دليلا على الرضا فلا ينعقد بالمعاطاة » .

ثم نبحث عن مدى نجاحها فى دعم نفى التعاطى ، وعما إذا كان ثمة عامل آخر أعمق غوراً كان هو الباعث الحقيقى على هذا النفى .

٢٥٦ — **الأدلة النقلية** : تكاد تتلخص الأدلة النقلية التى يأتى بها نفاة التعاطى لدعم نظرهم فى أن الشارع قد اقتصر على ذكر البيع والتبايع . وفرق بين مرحلتى الاستيام والتعاقد ، ونبذ ما كان يألفه الجاهليون من تعبيرات فعلية فى البيوع كالملامسة وغيرها فوجب تبعاً لذلك نبذ ما كان على شاكلتها من معاطاة غير مقرونة بلفظ البيع الذى جعله الشارع عنواناً للتعاقد .

ونورد فيما يلى ما قاله صاحب الروض النضير فى بيان هذا التعليل ، وهو أوفى تعليل عثرنا عليه لأصحاب هذا الرأى المضيق ، وسنعمد إلى الوقوف عنده فيما بعد لنتبين على ضوئه تداخل الأسباب النقلية مع الأسباب الحضارية العميقة ، فى تكوين بعض الاستدلالات الفقهية :

جاء فى الروض النضير : « قال الموزعى : التجارة والبيع أمر معتاد فى الوجود ، وهو التعاوض . ومعلوم أنه لاينفك عن مساومة وخطاب . فلما وجدنا النبى صلى الله عليه وسلم فرق بين السوم والبيع فى قوله صلى الله عليه وسلم : « لا يسم أحدكم على سوم أخيه ، ولا يبع على بيعه » . علمنا أن البيع هو التعاقد الناقل للملك أحدهما إلى الآخر . فإن التساوم من مقدمات البيع .

ولما وجدنا الإشارة إليه فى الحديث كثيرة كما فى قوله صلى الله عليه وسلم لحبّان بن منقذ : « إذا بعت فقل لاخلابة ، وأنت بالخيار ثلاثاً » ، وغير ذلك من الإشارات المستلزمة للتعاقد . فدل على أنه من عادتهم ، فخاطبهم الله بلغتهم الجارية على عادتهم .

نعم جرت العادة بعدم التساوم والتعاقد فى المال الحقير . فيكفى فيه التعاطى ، لأنه يسمى بيعاً لغة وعرفاً ، واختاره جماعة من الشافعية ، وأما أبو حنيفة فلم يشترط التعاقد فى التبايع أخذاً بظاهر الخطاب .

ويؤيده أنه قد تقرر فى القواعد الفقهية المتفق على صحتها أن كل ما رتب الشارع

عليه حكماً ، ولم يحد فيه حداً ، يرجع فيه إلى العرف . . . وقد علم أن عادة الجاهلية في زمن النبي صلى الله عليه وسلم أنهم يعتبرون في نفوذ البيع صوراً يجعلونها قرائن الرضا والانسلاخ ، ولا ينفصل أحد المتبادلين عن الآخر إلا بفعل أيها ، وهي على صفات متنوعة أقر الشارع بعضاً منها ، وأبطل بعضاً . فما أبطله المنابذة ، والملامسة ، وطرح الحصاة ، ونحوها مما عدوها قرينة للإنسلاخ ، ومما أقره لفظ البيع والشراء اللذين ورد بهما النص القرآني كقوله تعالى «وأحل الله البيع وحرم الربا . . .» وكذا قوله تعالى : « وأشهدوا إذا تبايعتم » . ولم يقل إذا تلامستم ، أو تنابذتم . والاقتصار على ذكر التبايع دليل على كون لفظه وما في حكمه من الألفاظ المؤدية لمعناه معتبراً في نفوذ العقد وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة[1] » .

ولعل أوضح نص على إحلال اللفظ المكان الأول هو ما ذكره صاحب مفتاح الكرامة حيث يقول : « ويستفاد من أخبار معتبرة عدم الاكتفاء بمجرد القصد والإشارة ، وأنه لابد من اللفظ لقوله [أبو عبد الله جعفر الصادق] عليه السلام : **انما يحرم ويحلل الكلام** ، وإن اقتضت عدم جواز التصرف ، لكنها معارضة بالسيرة المستمرة ، والإجماع المعلوم والمنقول[2] » .

وفي جواهر الكلام : « ولا يكفي مجرد الرضا في حصول الملك . . . لحصر الشارع أسباب الملك في العقود . فالمعاطاة تفيد إباحة لا غير[3] » .

٢٥٧ — *الأدلة الفنية* : تناول أصحاب الرأي المضيق نقد التعاطي كوسيلة لانعقاد العقود من الوجهة الفنية على صور متعددة فمنهم من ذهب إلى أن التعاطي يستعصي على الإثبات ، فلا مناص إذن من عدم الاعتداد به في إنشاء التصرفات . ويشير الشعراني صاحب الميزان إلى هذا المعنى بقوله :

« ووجه الأول قوله صلى الله عليه وسلم : إنما البيع عن تراض . والرضا خفي . فاعتبر مايدل على ذلك من اللفظ . لاسيما إن وقع تنازع بعد ذلك بين البائع والمشتري ،

---

(١) الروض النضير ، المرجع السابق .
(٢) مفتاح الكرامة ، جـ ٤ ، ص ٣ .
(٣) جواهر الكلام ، ص ٣٩ ، س ٢ .

وترافعا إلى الحاكم ، فإنه لا يقدر على الحكم بشهادة الشهود ، إلا إذا شهدوا بما سمعوه من اللفظ ، ولا يكفي أن يقولا رأيناه يدفع إليه دنانير مثلا ثم دفع إليه حماراً مثلا[1] » .

ويشير الرملي إلى عدم قدرة التعاطي على إظهار الرضاء الخفي بقوله . « والرضاء أمر خفي لا اطلاع لنا عليه ، فجعلت الصيغة دليلا على الرضا ، فلا ينعقد بالمعاطاة ، وهي أن يتراضيا ولو مع السكوت منهما[2] » .

على أن أهم دليل فني يستند إليه نفاة التعاطي في شكهم في صلوحه كوسيلة للانعقاد ، هو كونه أداة ظنية ، لا تحمل في جنباتها القطع والبتات والحسم على وجود الإرادة ، ذلك لأن التعاطي يحمل معنى المبادلة وهو عنصر مشترك بين عديد من المعاوضات المالية وليس بمقصور على البيع . فإذا ما قبلنا التعاطي الذي ينتظم إرادة المبادلة المحضة كوسيلة للتعبير ، فإلى أية معاوضة من هذه المعاوضات نصرفها ؟ وكيف يتسنى لنا التمييز بين هذه المعاوضات وقد جاء التعاطي خالياً عن كل لفظ يرسم حدودها ؟ فلا مناص إذن من الرجوع إلى « القول المترجم عما في النفس » كما يقول الحكيمي إنه الوحيد الضامن للقيام بهذا التحديد، أما « مجرد الرضا بالمبادلة » فالم ينصهر في بوتقة اللفظ القادرة على إعطائه صورة المبادلة المرادة المنضبطة فهو هدر ولو تم عن طريق التعاطي .

ويقول صاحب الروض النضير في هذا المعنى : « والاقتصار على ذكر التبايع دليل على كون لفظه وما في حكمه من الألفاظ المؤدية لمعناه معتبراً في نفوذ العقد . **فليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة ، وإلا لما كان ثمة فرق بينه وبين سائر الانشاءات** . وقد ثبت كونها أنواعاً متباينة ؛ كالبيع ، والإجارة ، والرهن ، والهبة ، والصدقة على عوض ، والصلح بالمال ؛ ولكل منها ماهية تخصه . والرضا المقترن بالمعاوضة جنس شامل لجميع تلك الصور ، فلابد في معرفة كونه بيعاً من هبة ، أو هبة من صدقة أو رهناً من إجارة ، ونحو ذلك . من بيان كل منها باسم يخصه وليس إلا القول المترجم عما في النفس . وإلا كان رجوعاً بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه[3] » .

---

(١) الميزان للشعراني ، ج ٢ ، ص ٥٤ ، س ٣٤ .

(٢) نهاية المحتاج للرملي ، ج ٣ ، س ٤ .

(٣) الروض النضير ، ج ٣ ، ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

(١) الاعتراض على الرأى المضيق

٢٥٨ — لم يكن مسلك الرأى المضيِّق بالمسلك المقبول. ولم تقو أدلته النقلية والفنية على الوقوف أمام أدلة أنصار الرأى الموسِّع، ونورد فيما يلى هذه الأدلة وهى ترمى كما سنرى إلى نفى الأدلة المزعومة التى توجب استعمال اللفظ وتثبت الأدلة النقلية والفنية، التى توجب التعويل على التراضى، ومن ثم التعاطى كأداة للتعبير عنه.

٢٥٩ — **الرد على الدليل النقلى : الدليل القرآنى** : لم يجد الفقهاء فى الآيات التى استند إليها أصحاب الرأى المشدد، ما يكفى لدعم نظرهم فى حصر وسائل التعاقد بالألفاظ. فآية : « وأحل الله البيع وحرم الربا » التى استند إليها هؤلاء لم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير، وإنما كان الغرض منها بيان حلية البيع. وإلى هذا أشار صاحب المغنى بقوله : « ومذهب الشافعى رحمه الله أن البيع لا يصح إلا بالإيجاب والقبول، وذهب بعض أصحابه إلى مثل قولنا. **ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته فوجب الرجوع الى العرف**[١] ». وكذا آية « وأشهدوا إذا تبايعتم » التى استند إليها صاحب الروض النضير، فلم يكن الغرض منها بيان وسائل التعبير، وإنما كان الغرض منها بيان ضرورة الإشهاد.

ونازع المحقق المقبلى، فى صلاح أدلة القرآن والسُّنة لدعم دعوى المشدّدين، إذ يقول : « هذا بناء على أن مسمى البيع والمبايعة ونحوها هو هذه الألفاظ ولا دليل لهم عليه. بل العبرة بالرضا بالمبادلة والدلالة على الأخذ والإعطاء أو أى قرينة، والألفاظ التى شرطوها إحدى القرائن فقط. ولم يجىء بما قالوا كتاب ولا سنة[٢] ».

ويلاحظ هنا أن ما ذكره ابن قدامة والمحقق المقبلى يعتبر رداً قاطعاً على الأدلة القرآنية التى جاء بها صاحب الروض النضير. ولئن قرر هذا الأخير فى مختتم استدلاله :

---

(١) المغنى، ج ٤، ص ٤.

(٢) الروض النضير، المرجع السابق.

إن من لا يعتمد على اللفظ « يرجع بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه » باعتبار أن البيان وهو القرآن الكريم قد نص على ذكر التبايع فنحن نقرر بدورنا إن من لايعتمد على الرضا « يرجع بالبيان إلى غير ما جعل الله أمره إليه » وباعتبار أن القرآن الكريم قد نص صراحة على وجوب مراعاة الرضا في آيته الكريمة : « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » ! ! . .

(٢) دليل السنة : وقد تصدى لدحض دليل السنة الذى عوّل عليه المتشددون كل من الفقيه الحنبلي ابن قدامة والفقيه الحنفى الجصاص .

قال الأول فى المغنى : « ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ولا عن أصحابه مع كثرة وقوع البيع بينهم استعمال الإيجاب والقبول . ولو استعملوا ذلك فى بياعاتهم لنقل نقلا شائعاً ، ولو كان ذلك شرطاً لوجب نقله ، ولم يتصور منهم إهماله والغفلة عن نقله ، ولأن البيع مما تعم به البلوى ، فلو اشترط له الإيجاب والقبول ، لبينه صلى الله عليه وسلم بياناً عاماً ، ولم يخف حكمه ، لأنه يفضى إلى وقوع العقود الفاسدة كثيراً وأكلهم المال بالباطل . ولم ينقل ذلك عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه فيما علمناه .

وكذلك الحكم فى الإيجاب والقبول فى الهبة ، والهدية ، والصدقة ، ولم ينقل عن النبى صلى الله عليه وسلم ، ولا عن أحد من أصحابه ، استعمال ذلك فيه . وقد أهدى إلى رسول الله (ص) من الحبشة وغيرها ، وكان الناس يتحرون بهداياهم يوم عائشة ، متفق عليه. . .

وفى أكثر الأخبار لم ينقل إيجاب ولا قبول وليس إلا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته [1] » .

وأدلى الفقيه الجصاص فى كتابه القيم « أحكام القرآن » بأدلة هى على غاية السداد والإحكام ، فى دحض الأسس التى استمدها المتشددون من السنة لدعم دعواهم ، وقد وضع فى كلامه هذا الأمور فى مواضعها ، وأظهر إلى حد كبير مدى التكلف

(١) المغنى ، ج ٤ ، ص ٤

الذى يعانيه المتشددون فى إرهاقهم للنصوص لكى تستجيب إلى عبادتهم للفظ .
ويكفى أن نقارن بين أدلته وما جاء فى الروض النضير ، لكى نتحقق من صدق ذلك .
قال حجة الإسلام أبو بكر الجصاص :

« فإن قيل على ما ذكرنا — من قول أصحابنا فى المتساومين إذا تساوما على السلعة ثم وزن المشترى الثمن وسلمه إليه ، وسلم البائع السلعة إليه : أن ذلك بيع وهو تجارة عن تراضٍ — غير جائز أن يكون هذا بيعاً . لأن لعقد البيع صيغة ، وهى الإيجاب والقبول بالقول ، وذلك معدوم فيما وصفت . وقد روى عن النبى (ص) أنه نهى عن بيع المنابذة ، والملامسة ، وبيع الحصاة . وما ذكرتموه فى معنى هذه البياعات التى أبطلها النبى (ص) لوقوعها فى غير لفظ البيع » .

وبعد أن يستعرض أبو بكر رأى المتشددين وطريقتهم فى الاستدلال بحديث بيوع الملامسة ، التى أفضى بهم نفيهم للمعاطاة وتصيدهم لدليل يدعمه إلى فرض الشبه بينها وبين المعاطاة ، يمضى الفقيه المحقق فى بيان العلة الحقيقية لتحريم بيع المنابذة .
وينتهى إلى أن مناط هذا التحريم ليس هو جريان هذا البيع بالأفعال ، كما ذهب إليه المتشددون ، وإنما هو الغرر الذى يدور حوله هـذا البيع ويفضى إلى أكل مال الناس بالباطل . وعليه ليس ثمة مجال لقياس المعاطاة على الملامسة . لأن الأولى تفضى إلى أكل مال الناس بالحلال ، فهى واجبة الأخذ . أما الثانية فتفضى إلى أكل مال الناس بالباطل ، فهى واجبة النبذ .

يقول صاحب أحكام القرآن : «ليس ما أجازه أصحابنا مما نهى عنه النبى (ص) .
وذلك لأن بيع الملامسة هو وقوع العقد باللمس ، والمنابذة وقوع العقد بنبذه إليه ، وكذلك بيع الحصاة هو أن يضع عليه حصاة . فتكون هذه الأفعال عندهم موجبة لوقوع البيع . فهذه بيوع معقودة على المخاطرة . ولا تعلق لهذه الأسباب التى علقوا وقوع البيع بها بعقد البيع .

وأما ما أجازه أصحابنا فهو أن يتساوما على ثمن يقف البيع عليه ، ثم يزن له المشترى الثمن ، ويسلم البائع إليه المبيع . وتسليم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه .

فلما فطلا موجب العقد من التسليم ، صار ذلك رضا منهما بما وقف عليه العقد من السوم .

ولمس الثوب ، ووضع الحصاة ، ونبذه ، ليس من موجبات العقد ولا من أحكامه . فصار العقد معلقاً على خطر ، فلا يجوز . وصار ذلك أصلا فى امتناع وقوع البياعات على الأخطار ، وذلك أن يقول : بعتكه إذا قدم زيد ، وإذا جاء غد ، ونحو ذلك[1] » .

٢٦٠ — **الرد على الدليل الفنى** : سبق أن أشرنا إلى أن الدليل الأهم الذى عوّل عليه أنصار الرأى المضيق فى نفيهم التعاطى هو ظنيته . ونشير هنا إلى أنه لما يدعو إلى الاستغراب أن يعولوا على هذه الظنية فى عدم اعتدادهم بالتعاطى فى الوقت الذى يعترفون فيه بالتعبيرات اللفظية الكنائية كوسائل للتعبير عن الإرادة رغم كونها تعبيرات ظنية . وفيما عدا ذلك فإننا نرى أن هذه الظنية ليست من الأهمية بحيث تدعونا إلى رفض التعاطى دفعة واحدة رغم ما يقدمه من تسهيلات فى الحياة العملية . ذلك لأن التعاطى إذا كان وسيلة مشتركة بين كل المعاوضات ، وإذا كان هذا الاشتراك قد يدعو إلى الخلط بينها ، ففى الظروف الخارجية والداخلية للتصرف ما ينير السبيل ، للاستهداء إلى طبيعته ، وتكييفه التكييف الصحيح . وهل هو بيع ، أم إجارة ، أم غير لك . فإذا ما ذهب شخص إلى مؤجر دراجات واستأجر منه دراجة على سبيل التعاطى لقاء دريهمات معدودة ، فليس ثمة مجال ألبتة للتساؤل عما إذا كانت هذه العملية التعاقدية بيعاً أم إجارة . ما دامت ظروفها الداخلية والخارجية تنطق بتكييفها ؟ ! . . . فالتعاطى إذن ليس هو مجرد الأخذ والإعطاء ، بل ثمة شىء مأخوذ ، وشىء معطى ، ولئن كان الأخذ والإعطاء مشتركا بين كل المعاوضات ، فليست الأشياء المأخوذة ، والأشياء المعطاة متساوية فيها كماً وكيفاً . إن هذا الكيف ، وذلك الكم ، يضمنان لنا تكييف العملية التعاقدية من الناحية الداخلية سيما إذا أضفنا إليهما ظروف الصفقة الخارجية المقارنة من عرفية وغيرها .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ج ٢ ، ص ١٧٣ .

(ى) تفسير موقف نفاة التعاطى

٢٦١ — نستطيع أن نقرر بعد ما تقدم أن أنصار التعاطى قد نجحوا فى تفنيد دعوى نفاته ، وما استندت إليه من أدلة نقلية وفنية . ونتساءل هنا : لئن بان لنا فشل الأدلة التى استند إليها نفاة التعاطى فكيف يفسر موقفهم ؟ وما هو السبب الحقيقى الذى دعاهم إلى اتخاذ هذا الموقف ؟

إن السبب الحقيقى الذى دعا نفاة التعاطى إلى إقرار مبدأ اللفظية ، ودعاهم من ثم إلى التنقيب عن الآيات والأحاديث التى تسوغ وجوده ، وما يستتبعه من نفى للتعاطى ، هو كامن فى نظرنا فى المستوى الحضارى للبيئة التى عاش فيها هذا المبدأ وبلغ أشده . فلقد قام هذا المبدأ فى عصر كان للشكلية فيه الدور الأهم فى تكوين العقد لدى بقية الشعوب وبصورة خاصة لدى الرومان . ولئن قفز الفقه الإسلامى بمبدأ الرضائية تلك القفزة الرائعة ، فاعتبر كل إيجاب وقبول عقداً ، فقد كان لامعدى للفقهاء من تخفيف حدة هذه الطفرة ، عن طريق إثقال هذا المبدأ بقيد يلجمون به غلواءها . وقد وجدوا فى قيود الصيغة خير ما يبعث على الطمأنينة فى الرضا الذى صب فى قالبها . على أن مدى إعمال الفقهاء لهذه القيود يختلف من مذهب إلى آخر ، فبينا يذهب الرأى الموسع إلى الاقتصار على إيثار اللفظ على غيره من وسائل التعبير وإقرار التعاطى كوسيلة للانعقاد . نرى الرأى المضيق هنا يذهب إلى التعويل على اللفظ فحسب ، وينبذ غيره من وسائل التعبير الطليقة من القيود كالتعاطى ، مضحياً فى ذلك بحرية وسائل التعبير ومرونتها فى سبيل ضبطها ودقتها[1] .

هذا ولم يفت نفاة التعاطى أن يبحثوا عن سند يدعمون به هذه القيود الدخيلة على الرضا ، فتذرعوا بالأدلة الفنية تارة يرضون بها حاجة العقل للتسويغ ، وتذرعوا بالأدلة النقلية تارة أخرى يرضون بها حاجة العاطفة ، على أن هذه الأدلة وتلك ليست — كما ثبت لدينا — سوى ستار تتقنع به عجلة الصناعة الفقهية فى هذه المذاهب المضيقة ، تلك العجلة التى

(١) وقد نبه الشعرانى إلى عدم انضباط التعاطى لدى القضاء وتعسر استخلاص الإرادة التعاقدية منه (راجع ماسبق ص ٢٥١) . ولعله يصدق هنا ماقاله ايهرنغ من أن : « الصناعة القانونية القديمة لاتواجه الصعوبات التى تعترضها بل هى لا تحجم عن اللف والدوران حولها (روح القانون الرومانى ، ج ٤ ، ص ٩ — ص ١٣) . »

تتجاوب في سيرها مع عجلة التطور الحضارى للبيئة التى عاش فيها بُناتها . وإذن فقد كان يبدو لأصحاب هذا الرأى المضيق أنهم مقودون فى استدلالهم من الأمام والواقع أنهم مقودون من الخلف !...

§ ٣ — الرأى الموسع : مثبتو التعاطى

٢٦٢ — لعل هذا الرأى الموسع لا ينازع الرأى السابق فى كون التعاطى أداة دالة على الرضا ، فكلاهما يرى فى التعاطى دليلا على الرضا[1] وإنما يختلفان فى إكساب هذه الدلالة ثوباً شرعياً تستطيع به توليد الآثار الشرعية . وهنا نجد محز الخلاف بين الرأيين . فالرأى المضيق يذهب إلى أن الشارع اعتبر هذه الدلالة قاصرة عن توليد الأثر لظنيتها . أما الرأى الموسع فقد ذهب إلى أنه ليس ثمة ما يطعن فى قطعية هذه الدلالة على الرضا فهى إذن قادرة على توليد الأثر .

ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى مختلف الأدلة التى استند إليها مثبتو التعاطى لدعم رأيهم :

(أ) الكتاب : جاء فى أحكام القرآن للجصاص : «وهو [التعاطى] أن يساومه على شىء ثم يزن له الدراهم ويأخذ المبيع . فجعلوا ذلك عقداً لوقوع تراضيهما به وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ماطلبه منه ... فهذه الوجوه التى ذكرناها هى طرق التراضى

---

(١) ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تشير إلى دلالة التعاطى على الرضا لدى أصحاب الرأى المضيق :

فقد جاء فى نهاية المحتاج : « فلا ينعقد بمعاطاة وهى أن يتراضيا مع السكوت . »

وجاء فى الروض النضير : « وليس البيع هو مجرد الرضا بالمبادلة ... والرضا المقترن بالمعاوضة جنس شامل لجميع تلك الصور . » .

وجاء فى مفتاح الكرامة : « وليس التراضى مع التقابض منها [العقود] قطعاً . » .

وجاء فى جواهر الكلام . « ولا يكفى مجرد الرضا ... فالمعاطاة تفيد إباحة . » .

وجاء فى تحرير المجلة : «والمعاطاة يراد بها الرضا بإباحة التصرف . » .

وإذن فلا يشك أنصار هذين المذهبين فى توافر الرضا بالتعاطى ، وإنما يختلفون فى إعمال هذا التعاطى الذى توافر فيه الرضا . فالبعض أهدره ، كما رأينا فى الرأى المضيق ، إهداراً لا يرتكز على أساس جدى . والبعض بعث فيه الحياة ودفع به إلى التداول فى ميدان التعامل بالاستناد إلى أدلة وجيهة أشرنا إليها فى المتن .

المشروطة فى قوله : « إلا أن تـكون تجارة عن تراض منـكم »[1] . وجاء فى المغنى : « ولنا أن الله أحل لنا البيع ولم يبين كيفيته » .

(ب) السنَّة : وجاء فى أحكام القرآن « ونحر النبي صلى الله عليه وسلم بَدَنات ثم قال : « من شاء فليقتطع » فقام الأقتطاع فى ذلك مقام القبول للهبة فى إيجاب التمليك »[2] .

(حـ) الإجماع : جاء فى المغنى : « إن الناس يتبايعون فى أسواقهم بالمعاطاة فى كل عصر ، ولم ينقل إنـكاره قبل مخالفينا ، فـكان ذلك إجماعاً[3] » .

(ى) العرف : ولعل أقوى سند ارتـكز عليه أنصار هذا الرأى هو العرف ، وسنرى أن المذاهب الثلاث عولت عليه فى دعم رأيها الموسِّع :

(١) فقد قال الجصاص وهو فقيه حنفى : « وقد قال أصحابنا فيما جرت به العادة بأنهم يريدون به إيجاب التمليك ، وإيقاع العقد أنه يقع به العقد . وهو أن يساومه على شيء ، ثم يزن له الدراهم ، ويأخذ المبيع . فجعلوا ذلك عقداً ، لوقوع تراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه وذلك :

لأن جريان العادة بالشيء كالنطق به ، إذا كان المقصد من القول الإخبار عن الضمير والإعتقاد ، فإذا علم ذلك بالعادة مع التسليم للمعقود عليه ، أجروا ذلك مجرى العقد . وكما يهدى الإنسان لغيره فيقبضه ، فيـكون قبولا للهبة[4] » .

(٢) وقال ابن قدامة الحنبلى : « ولنا أن الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف كما رجع إليه فى القبض ، والإحراز ، والتفرق . والمسلمون فى أسواقهم وبياعاتهم على ذلك ، ولأن البيع كان موجوداً بينهم ، معلوماً عندهم ، وإنما علق الشرع عليه أحكاماً ، وبقاه على ما كان ، فلا يجوز تغييره بالرأى والتحكم[5] » .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، جـ ٢ ، ص ١٧٣ ، س ٢٩ .
(٢) المرجع السابق . البدنة ناقة أو بقرة سميت بذلك لأنهم كانوا يسمنونها .
(٣) المغنى ، جـ ٤ ، جـ ٤ .
(٤) أحكام القرآن للجصاص ، جـ ٢ ، ص ١٧٣ ، س ٢٨ .
(٥) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٤ .

(٣) وقال الحطاب المالكي: « إن الركن الأول الذى هو الصيغة التى ينعقد بها البيع ، هو ما يدل على الرضا ... وسواء كان قولاً ... أو كان فعلاً كالمعاطاة وهى المناولة قاله فى الصحاح وقال الشيخ رزوق ، هى أن يعطيه الثمن فيعطيه المثمن من غير إيجاب ولا استيجاب .

لأن الفعل يدل على الرضا عرفاً والمقصود من البيع إنما هو أخذ ما فى يد غيرك بعوض ترضاه فلا يشترط القول ويكفى الفعل كالمعاطاة » .

وجاء أيضاً : «إن الأفعال وإن انتفت فيها الدلالة الوضعية ففيها دلالة عرفية وهى كافية ، إذ المقصود من التجارة إنما هو أخذ مافى يد غيرك بدفع عوض عن طيب نفس منكما ، فتكفى دلالة العرف فى ذلك على طيب النفس[١] » .

وقال الصاوى : « ومحل أجزاء المعاطاة حيث أفادت فى العرف ولا تلزم إلا بالدفع من الجانبين . فيجوز التبديل فى نحو الخبز بعد أخذه وقبل دفع الدراهم لا بعده للربوية والشك فى التماثل لتحقق التفاضل[٢] » .

(هـ) المعقول : والأسباب المعقولة إما أن ترجع إلى اعتبار عملى أو اعتبار فنى

أما الإعتبار العملى فهو يرجع إلى رفع الحرج عن الأفراد وقد أشار إليه ابن قدامة بقوله : « وليس إلا المعاطاة ، والتفرق عن تراض يدل على صحته ، ولو كان الإيجاب والقبول شرطاً فى هذه العقود لشق ذلك ، ولكانت أكثر عقود المسلمين فاسدة وأكثر أموالهم محرمة[٣] » .

أما الاعتبار الفنى ، فهو دلالة التعاطى على الرضا ، وقد أشار إليه كل من ابن قدامة وابن القيم والجصاص . ففى المغنى : « إن الإيجاب والقبول إنما يرادان للدلالة على التراضى ، فإذا وجد ما يدل عليه من المساومة والتعاطى ، قام مقامهما ، وأجزأ عنهما ، لعدم التعبد فيه[٤] » . وفى إعلام الموقعين : « فمن عرف مراد المتكلم بدليل

---

(١) شرح الحطاب ، جـ ٤ ، ص ٢٢٨ .
(٢) حاشية الصاوى ، جـ ٢ ، ص ٣ .
(٣) المغنى ، جـ ٤ ، ص ٤ .
(٤) المرجع السابق .

من الأدلة ، وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم . فإذا ظهر مراده ووضح بأى طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يخل بها[1] » .

وفى أحكام القرآن : « فجعلوا ذلك عقداً لتراضيهما به ، وتسليم كل واحد منهما إلى صاحبه ما طلبه منه . . . » وجاء فى موضع آخر : « وتسليم المبيع والثمن من حقوق البيع وأحكامه ، فلما فعلا موجب العقد من التسليم ، صار ذلك رضا منهما بما وقف العقد عليه من السوم[2] » .

ولعل أقوى اعتبار فنى أشار إليه الفقهاء هو الإعتبار الأخير الذى ذكره الجصاص وكأنه يريد أن يقول فيه إن العاقدين ، ينتقلان فى التعاطى طفرة واحدة من مرحلة السوم السابقة لتكوين العقد ، إلى مرحلة التنفيذ اللاحقة لتكوينه فكأن لسان حالها فى مسلكهما هذا ، يشير إلى أن مرحلة التعاقد نفسه التى تتوسط بينهما أصبحت أمراً مسلماً ؛ إذ أن هذه المرحلة لم تقصد إلا لآثارها التى تحققت فعلا فى عالم الوجود ، فلم نتساءل إذن عن واقعية المصدر الذى خلق هذه الآثار بعد أن غدت حقيقة واقعة ؟ إن هذا المصدر لاشك واقع ، ولو كان عدما لما أنشأ وجوداً !!.

§ ٤ — تقدير أدلة الفريقين

٢٦٣ — سبق أن أشرنا إلى أننا نميل إلى الرأى الموسع لقوة مبناه . ولعل مرد قوة هذا الرأى يعود إلى تعويله على العرف من جهة ، وعلى أدلة فنية سليمة من جهة أخرى ، وعلى مبادىء دينية هى على مستوى عال من المرونة والخصوبة كمبدأ « رفع العسر والحرج » الذى استند إليه ابن قدامة .

ولعل مرد وهن الرأى المضيق وصلابته يعود إلى ازوراره عن العرف وإغفاله له ، وتقديسه بصورة سابقة للتجربة للصيغة العقدية .

(١) إعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ١٨٩ ، س ١٦

(٢) أحكام القرآن ، ج ٢ ، ص ١٧٣ .

ولعلك تدرك الأسباب العميقة للفرجة بين هذين الرأيين إذا ما رجعت إلى أصول هذين المذهبين حيث تجد نصوصاً قاطعة الدلالة على إيمان الرأي الموسع بالعرف وازورار الرأي المضيق عنه . فبينا أنت تجد أن من المبادىء المقررة فى المذهب المالكى — وهو من أنصار التعاطى — « أن ما يعده الناس بيعاً هو بيع[1] » تجد أنه من المبادىء المقررة فى المذهب الشافعى — وهو من نفاة التعاطى « أن المعاطاة على أصل المذهب لا يصح البيع بها ، ولو اعتيدت[2] » .

وحتى لقد بلغ الأمر بالمذهب الحنبلى — وهو من أنصار التعاطى — أنه لم يقف عند حد العرف فحسب فى إقراره للتعاطى ، ولغيره من وسائل التعبير . بل ذهب إلى أبعد من ذلك ، وأوجب العمل بالرضا مهما كان الطريق الموصل إليه ، عرفاً كان أو غير عرف ، ونعيد على مسامعك هنا ذاك الشعار الذهبي الذى يعبر فيه ابن القيم عن خصوبة مذهبه ومرونته فى عبارة واضحة حيث يقول :

« فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده . والألفاظ لم تقصد لذواتها وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم ، فإذا ظهر مراده ووضح بأى طريق كان ، عمل بمقتضاه ، سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، أو دلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يخل بها[3] » .

وهذا هو المسلك الذى ارتضاه فقهاؤنا المحدثون فقد جاء فى كتاب الملكية ونظرية العقد لأستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة :

« فكل ما عده الناس دالاً على البيع ينعقد البيع به ، وكل ما يعتبره الناس دالاً على الإجارة فالإجارة تنعقد به . . . وليس لذلك حد لا فى شرع ولا فى لغة بل يتنوع بتنوع الناس ، كما تتنوع لغاتهم . . . ولا يجب على الناس التزام نوع معين من الإصطلاحات فى المعاملات ، ولا يحرم عليهم التعاقد بغير ما يتعاقد به غيرهم من أهل لغة أخرى ، إذا كان ما تعاقدوا به دالا على مقصودهم[4] » .

---

(١) المغنى ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ١٠١ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ١ ، ص ١٨٩ ، س ١٦ .

(٤) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبو زهرة ص ٢٠٥ — ٢٠٦ .

وجاء فى « أحكام المعاملات الشرعية » لأستاذنا الشيخ على الخفيف : « الثالث انها تنعقد بكل مايدل على مقصود العاقدين دلالة واضحة من قول أو فعل جرى العرف به أو لم يجر ، ليس لذلك حد مقرر سوى ماذكرنا ، لا فى شرع ولا فى لغة ، بل يتنوع ويتعدد بتنوع الإصطلاحات وتعددها ، كما فى تنوع اللغات وتعددها . وما اعتبرت الألفاظ والكتابة والإشارة إلا دوال على الإفهام ، وليست فى الواقع إلا أفعالا قد يقوم بها اللسان أو البنان أو الرأس أو الأيدى ، فوجب أن تكون جميع الأفعال الدالة على الغرض مثلها ، إذ التفرقة بينهما حينئذ تعتبر تحكما ليس له مبرر . وإذن فالعبرة بالإفهام ، سواء أكان كل من الإيجاب والقبول كلاماً أو كتابة أو إشارة أو فعلا ، أم كان أحدهما كلاماً والآخر كتابة أو إشارة أو فعلا . فإذا قلت لإنسان « خذ هذا الكتاب بجنيه » فسلمته إليه ، تم البيع . وإذا ركبت الترام ، فأخذ منك الكمسارى أجر ركوبك ، تمت الإجارة . وإذا دفعت الثوب إلى الحائك ، فأخذه منك ، تمت الإجارة ، وهكذا . وهذا مايتفق مع أصول مذهب مالك ، وهو ظاهر مذهب أحمد ، وهو أرجح الأقوال الثلاثة عندى لقوة مبناه[1] » .

وعلى هذا الرأى الموسَّع السليم جرت المادة ٧٩ من القانون المدنى العراقى الجديد بما يأتى :

« كما يكون الإيجاب أو القبول بالمشافهة ، يكون بالكتابة ، وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى[2] ، وباتخاذ أى مسلك آخر لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى .[3] »

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ص ١٥٥ — ١٥٦ .

(٢) ويلاحظ هنا أن جملة «ولو من غير الأخرس ، وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضى» هى حشو فى المادة لافائدة منه . ذلك لأن الشطر الأول منها هو استدراك لاجدوى منه ، أما الشطر الثانى فهو تزيد ذلك أنه يدخل فى عموم عجز المادة ، الذى ينص على أن الإيجاب أو القبول يكون « باتخاذ أى مسلك لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى » . أضف إلى ذلك أن عبارة « بالمبادلة الفعلية » التى تفيد المشاركة ، لاتتفق مع مطلع المادة الذى نص على « الإيجاب أو القبول » كل على حده وواضح أن الإيجاب ليس هو المبادلة ، وكذلك القبول .

(٣) إن كلمة التراضى الواردة فى عجز المادة لاتتفق مع مطلعها ، ذلك أن التراضى ظاهرة مركبة ، بينما الايجاب أو القبول ظاهرتان بسيطتان ، وهما شطرا التراضى ، والأليق بهذا =

الفرع الثالث

السكوت

٢٦٤ — **السكوت المجرد والسكوت الملابس** : السكوت هو التزام حالة سلبية لا يرافقها لفظ أو كتابة أو إشارة أو عمل يحمل معنى التعبير عن الإرادة ، وهو قد يكون ساكناً في ظاهره وباطنه ، ولا تسمح ظروفه باستشفاف أية إرادة منه ويدعى عندها بالسكوت المجرَّد . وقد يكون ساكناً في ظاهره ، متجهاً لإحداث الأثر الشرعي في باطنه ، ويدعى عندها بالسكوت المُلابَس ، وتستخلص إيجابيته عادة من ظروفه المقارنة[1] . ونحن إذا رجعنا إلى أحكام الفقه الإسلامي نجد فيه ميلا ظاهراً إلى الإعتداد بالنوع الثاني دون الأول ، وهذا ما أشارت إليه المادة ٦٧ من مجلة الأحكام العدلية حيث نصت على أنه « لا ينسب إلى ساكت قول ، ولكن السكوت في معرض الحاجة إلى البيان بيان » . ويستفاد من هذه القاعدة الكلية أن الأصل في الفقه الإسلامي هو عدم الإعتداد بالسكوت . وأن الإستثناء الاعتداد به ، إذا كان مُلابَساً ، أي إذا كان في معرض الحاجة . ونتكلم فيما يلي على المبدأ والإستثناء منه .

= المطلع أن تختتم المادة بكلمة « المقصود » .
ونحن نرى أن نص المادة ٩٣ من القانون المدني السوري (٩٠ مصري) هو أدق وأوجز من نظيره في القانون المدني العراقي
جاء في القانون المدني السوري :
التعبير عن الإرادة يكون باللفظ ، وبالكتابة ، وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لاتدع ظروف الحال شكا في دلالته على حقيقة المقصود .

(١) يلحظ هنا أن الفقهاء يطلقون على السكوت الملابس تعبيراً بطريق الدلالة . ففي البدائع (جـ ٧ ، ص ١٩٢ ، س ٢٤) : « وأما الإذن بطريق الدلالة فنحو أن يرى عبده يبيع ويشتري ، فلا ينهاه ، ويصير مأذوناً . » وفي البدائع (جـ ٦ ، ص ٢٢٥ ، س ٣٣) : « ثم الإنكار نوعان نص ودلالة أما النص فهو صريح الإنكار . وأما الدلالة فهو السكوت عن جواب المدعى من غير آفة . » وفي البدائع أيضاً (جـ ٢ ، ص ٢٤٠) : « وللأب قبض صداق ابنته البكر صغيرة كانت أو بالغة ... فجعل سكوتها رضاً بقبض الأب ... فكان مأذوناً بالقبض من جهتها دلالة . »

المطلب الأول

المبدأ : لا ينسب إلى ساكت قول

٢٦٥ — كان الإمام الشافعى رحمه الله هو أول من صاغ هذا المبدأ فى عبارته الشهيرة « لا ينسب إلى ساكت قول » . ويبدو أن الإعتبارات التى حدت بالمذهب الشافعى إلى إقرار هذا المبدأ هى نفسها التى حدت به إلى نبذ التعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة ، فكلاهما فى نظره تعبير إحتمالى ظنى ، لا يجوز الإعتداد به . ولئن كانت المعاطاة تحمل معنى الإشتباه بين أنواع متقاربة من المعاوضات ، فليس السكوت بأقل ظنية منها فهو قد يحمل معنى عدم الإنتباه والشرود ، أو عدم الإكتراث أو الإستهزاء أو الإستغراب ، أو الموافقة ، أو الإنكار أو الرفض ، إلى غير ذلك من المعانى . جاء فى شرح المنار فى هذا المعنى : « وقال الشافعى لا يكون — سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى — إذناً له ، لأن سكوته يحتمل أن يكون للرضاء بتصرفه ، وأن يكون لفرط غيظه ، والمحتمل لا يكون حجة[1] » . وجاء فى المبسوط : « إن سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه — محتمل ، قد يكون بطريق الرضاء ، وقد يكون بطريق التهاون وقلة الإلتفات إلى تصرف الفضولى ، وقد يكون بطريق التعجب ، أى لماذا يفعل هذا فى ملكه بغير أمره ، وإلى ماذا تؤول عاقبة فعله ، والمحتمل لا يكون حجة[2] » .

المطلب الثانى

الإستثناء : السكوت الملابس بيان

٢٦٦ — لم يلتزم الفقه الإسلامى مبدأ عدم الاعتداد بالسكوت بصورة مطلقة ، بل جنح إلى الخروج عليه واعتد بالسكوت إذا اقترنت به ملابسات تجمل دلالته تنصرف إلى الرضاء . على أن هذا الخروج يختلف من مذهب إلى آخر . فهو يتسع لدى المذاهب التى أثبتت التعاطى ، واعتدلت فى نظرتها إلى لفظية الصيغة التصرفية .

---

(١) شرح المنار لابن ملك ، ص ٢٤٠ .

(٢) المبسوط ، ج ٣٠ ، ص ١٤٠ . وانظر الأم ، ج ٧ ، ص ٩٣ .

ويضيق لدى المذاهب الأخرى التى نفت التعاطى، وتقيدت بلفظية الصيغة كالمذهب الشافعى[1] هذا وقد عدد ابن نجيم فى الأشباه والنظائر سبعة وثلاثين حالة من الحالات التى يعتد فيها الفقهاء بالسكوت الملابس . ويلاحظ أن بعض هذه الحالات يخرج عن نطاق التصرفات القانونية[2] .

٢٦٧ — ويمكننا هنا أن نصنف التصرفات القانونية التى اعتد فيها بالسكوت فى الزمر الآتية :

١ — الحالات التى تمحض فيها السكوت لمنفعة من وجه إليه ويدخل فى ذلك سكوت المتصدق عليه، وسكوت المفوّض، وسكوت الموقوف عليه[3] وسكوت الموصى له[4] ، وسكوت المكفول له[5] ، وسكوت المدين عند إبراء الدائن له فهو قبول للإبراء حتى لو أراد بعد مجلس الإبراء أن يرفضه، لم يكن له ذلك[6] .

٢ — الحالات التى يتوافر فيها تعامل سابق بين المتعاقدين ويتصل الإيجاب بهذا التعامل :

وهذا التعامل السابق قد يكون عقداً سابقاً لم يرتب القانون عليه أثراً كالرهن

---

(١) وكدليل على اقتصاد الشافعية — وهم من خصوم التعاطى — فى تقبل السكوت الملابس كوسيلة للتعبير نضرب الأمثلة الآتية (١) سكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى فقد اعتبره الأحناف إذناً دفعاً للغرور عمن يعامل العبد ولم يعتد به الشافعية . (٢) سكوت المالك حين يرى الغير يبيع ملكه : فقد اعتبره المالكية إذناً ولم يعتدبه الشافعية (٣) سكوت الموقوف عليه فهو يعتبر رداً للوقف عند الشافعية دون سواهم .

(٢) كالحالة التى أشار فيها إبن نجيم إلى أن القراءة على الشيخ، وهو ساكت، ينزل منزلة نطقه . (الأشباه والنظائر، ص ٧٨) .

(٣) ويلحظ هنا أن المادة التاسعة من قانون الوقف فى الاقليم المصرى قد اعتبرت سكوت من يمثل الموقوف عليه رداً للوقف مستندة فى ذلك إلى المذهب الشافعى وقد علل الأستاذ محمد أحمد فرج السنهورى، أحد واضعى مشروع قانون الوقف، هذا الحكم بقوله : « أما اعتبار السكوت رداً فقد أريد منه وضع حد للأمر، وألا يبقى الإستحقاق معلقاً، لاتتناوله هذه الجهة ولا يصرف إلى سواها، وهذا معنى حسن ! (راجع شرح قانون الوقف من مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى، ص ١٤٢) » .

(٤) راجع المادة ٢٢٧ من قانون الأحوال الشخصية السورى .

(٥) راجع المادة ٦٢١ من مجلة الأحكام العدلية .

(٦) راجع المادة ١٥٦٨ من مجلة الأحكام العدلية .

والهبة اللفظيين الذين لم يقترنا بالقبض . فإذا ما قبض المرتهن المرهون بعد العقد واقترن هذا القبض بسكوت الراهن ، اعتبر هذا السكوت إذناً بالقبض . وكذا الحال فى الهبة فإذا ما قبض الموهوب له الموهوب بعد العقد ، وصاحب هذا القبض سكوت الواهب ، اعتبر سكوته إذناً بالقبض . ولعل اعتبار السكوت إذناً بالقبض فى الحالتين السابقتين هو الثمرة الوحيدة لعقدى الرهن والهبة إذ لولا وجود هذين العقدين لكان السكوت المقارن للقبض عدماً لا يترتب عليه أى أثر . ويلاحظ هنا أن هذا الأثر هو الأثر الوحيد الذى جعل هذه العقود وأمثالها تدنو من العقود الرضائية إذ لولاه لهبطت إلى مستوى العقود العينية ولما اختلفت عنها فى شىء .

وقد يكون التعامل السابق عقداً ولد أثراً كحالة البيع الذى يملك البائع فيه حق الحبس على الشىء المبيع فإذا ماقبض المشترى المبيع بعد ذلك ، وسكت البائع ، اعتبر سكوته إذناً بالقبض . ويدخل فى هذه الحالات أيضاً سكوت أحد المتبايعين فى بيع التلجئة عن الإعتراض على تصحيح الآخر له بقوله : « قد بدا لى أن أجعل هذا العقد صحيحاً » وسكوت المشترى بالخيار حين رأى العبد يبيع ويشترى .

٣ — الحالات التى يستلزم فيها مبدأ العدالة اعتبار السكوت رضا « كسكوت المولى حين يرى عبده يبيع ويشترى ، فإنه يجعل إذناً له فى التجارة دفعاً للغرور عمن يعامل العبد[1] » .

٤ — الحالات التى يستلزم فيها العرف اعتبار السكوت رضاء . كحالة اعتبار سكوت البكر قبولا للخاطب . وهذا الاعتبار يتقلب حسب تقلب العرف . ولئن اعتبر سكوت البكر قبولا فى ظل العرف السابق الذى عرفت فيه الفتاة باستحيائها من التصريح بالقبول ، خشية اتهامها بالميل إلى الرجال ، وهو أمر كان يجافى محاسن العادات فى ذلك العرف ، فليس ثمة فى نظرنا ما يدعو إلى اعتباره قبولا فى عرف هذا العصر الذى خرجت فيه المرأة من خدرها ، وكثر اختلاطها بالرجال ، وغلبت جرأتها على التصريح بقبول من ترغب فيه ورفض من ترغب عنه .

(١) شرح المنار ، المرجع السابق .

الفصل الثاني

التعبير عن الإرادة باللفظ

المبحث الأول

نقاط الإلتقاء والإفتراق بين مذاهب الفقه الإسلامى في نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير

٢٦٨ — إن المتفحص لطرق التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى ، سرعان ما يلمس المكانة المرموقة التى يحتلها اللفظ ، فالكلام هو الأداة الرئيسية لتبادل الأفكار وهو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة . على أن نظرة المذاهب الفقهية الإسلامية لقيمة اللفظ ليست واحدة ، بل هى تتدرج من إغراق شديد فى هذا التقدير ، إلى اهتمام كبير به ، ثم إلى إعتدال فى النظرة إليه ومعاملته مع غيره من وسائل التعبير على قدم المساواة .

ويأتى مذهب الإمامية فى طليعة المغرقين فى تقديس اللفظ حتى أننا نجد منهم من يحتم كون التعبير عن الإرادة باللغة العربية لغير العربى ، ويلزم العاقد بمراعاة أحكام البناء والإعراب فى الصيغة العقدية ، قال عميد الدين : « يشترط فى سائر العقود . . . وقوعها باللفظ العربى ، وفى جامع المقاصد يشترط وقوعها باللفظ العربى ، مراعياً فيها أحكام الإعراب والبناء . . . لأن الناقل هو الألفاظ المخصوصة ، ومعلوم أن العقود الواقعة فى زمن النبى صلى الله عليه وسلم ، والأئمة عليهم السلام ، إنما كانت بالعربية[1] » .

وبعد مذهب الإمامية ، يأتى المذهب الشافعى وهو أقل غلواً من المذهب الإمامى إذ لم يشترط اللغة العربية ، ولم يشترط مراعاة حركات البناء والإعراب[2] .

---

(١) مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٦١ ، س ٢٥ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٣ ، ص ٨ .

على أن هذين المذهبين — وخلافاً للجمهور — اتفقا على عدم الإعتراف بالتعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة فهو ليس ببيع ، ولا يفيد تملكا ، بل هو غصب عند بعض الإمامية[1] . والشافعى يعتبر المالكى الذى يتعاقد مع شافعى عن طريق التعاطى عاصياً لأنه ساعده على معصية فالتعاطى يعتبر معصية[2] .

وتتساوى طرق التعبير عن الإرادة جميعها فى نظر المذهب المالكى فهو يعتد باللفظ والكتابة والإشارة والتعاطى . وقد وصل الحد ببعض المالكية إلى إعمال الكلام النفسى فى بعض التصرفات[3] .

٢٦٩ — على أن هذا التدرج الذى أشرنا إليه يخضع لتحفظات تشترك فيها هذه المذاهب جميعاً .

أولا : لقد أقرت المذاهب الإسلامية جميعاً — حتى مذهب الإمامية المغرق فى اللفظية — مبدأ تعاقد الأخرس بالإشارة[4] .

ثانياً : اشتركت المذاهب الإسلامية جميعاً — حتى المذهب المالكى[5] — فى تحتيم اللفظ فى عقد النكاح .

ثالثاً : اشتركت جميعها فى اشتراط قالب صيغى معين لألفاظ التعاقد واعتدت جميعها بالإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى ، وبالإرادة الباطنة فى صيغة المضارع كماسنرى .

رابعاً : اشتركت جميعها فى إقرار التعاقد بالكتابة بين غائبين[6] وهى فى هذا خضعت للضرورة ، وهو نفس المبدأ الذى جعلها تخرج عن لفظية التعبير فى تعاقد الأخرس .

وأخيراً : تشترك هذه المذاهب جميعاً فى احترامها للإرادة الحقيقية للمتعاقد . وإن اختلفت فى طريقة التطبيق ، فالغاية واحدة والوسيلة مختلفة . ولئن كان يبدو لأول وهلة أن المغرقين فى تقديس اللفظ هم أشد الناس تجاهلا لإرادة المتعاقد ، فإن النظرة

---

(١) مفتاح الكرامة ، ج ٤ ، ص ١٥٠ .

(٢) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٣ ، ص ٨ ، راجع ما سبق ، ف ٢٥٣ ، ص ٢٤٧ .

(٣) راجع ماسبق هامش ف ٤٠ ، ص ٣٨ — ص ٣٩ .

(٤) انظر ماسبق ، ف ٢٢٥ ، ص ٢١٥ .

(٥) جاء فى الشرح الصغير للدردير (ج ١ ، ص ٣٣٥ ، س ٣٦) : « ولا تكفى الإشارة ولا الكتابة إلا لأخرس » .

(٦) مع العلم بأن لدى المذهب الشافعى قولين كما مر .

المتفحصة لتدل بوضوح على أن هذه القيود المفروضة لم توضع إلا لحمايه الإرادة الحقيقية نفسها وللوصول إليها خالصة من كل احتمال للتنازع والاختلاف[1] .

المبحث الثانى

تقدير نظرية اللفظية فى الفقه الإسلامى

٢٧٠ — بعد أن عقدنا موازنة سريعة بين المذاهب الفقهية فى نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير ، يجدر بنا أن نناقش على ضوئها دعوى بعض الباحثين فى إطلاقهم بأن الفقه الإسلامى يعمن فى الاعتماد على اللفظ ، ثم نعمد إلى بيان المسوغات التى يستند إليها إيثار اللفظ على وسائل التعبير الأخرى .

ونبحث فيما يلى : أولا : مدى نظرية اللفظية .

ثانياً : مسوغات إيثار اللفظ .

الفرع الأول

مدى نظرية اللفظية

٢٧١ — *رأى الدكتور شفيق شحاتة*: يقول الدكتور شحاته فى رسالته عن النظرية العامة للإلتزامات فى الشريعة الإسلامية ، تحت عنوان « نظرية اللفظية » ما نصه :

« فى الأصل لاشكلية فى التشريع الإسلامى ، فالعقد ينعقد ، وتنشأ الإلتزامات ، دون حاجة إلى طقوس خاصة ، من حركات أو إشارات أو مراسم ، ويعتبر هذا من المميزات الأساسية للتشريع الإسلامى .

ولكن هل معنى هذا أن الإرادة وحدها تولد الإلتزام فى التشريع الإسلامى ؟ »

وقد أجاب المؤلف نفسه عن هذا التساؤل بأن الفقهاء لا يتقيدون فى تكييفهم للعقود بألفاظ مخصوصة ، بل يعمدون إلى قبول أى لفظ يؤدى معنى العقد المقصود ، ثم قال : « ومع هذا كله فإن الواقع أن التعاقد لا يتم إلا بواسطة الألفاظ . ويوجد فى الفقه الإسلامى نوع خاص من الشكلية نسميه « اللفظية » ، وهو أثر من آثار ما كان

(١) ويلحظ هنا أن المذاهب جميعها اشتركت أيضاً فى إيثار اللفظ على الكتابة فى مجال الإثبات

يخص به اللفظ من التقديس فى العصور الأولى ، حيث كان الناس يعتقدون بالتأثير السحرى للكلمات المتلفظ بها » .

٢٧٢ — أدلته : ويبدو أن المؤلف يقدم ثلاثة أدلة للتدليل على أن التعاقد لا يتم إلا بالألفاظ فى الفقه الإسلامى فهو يستند أولا إلى عدم الاعتداد بإشارة الأخرس والكتابة فى التعاقد بين حاضرين ، فيقول : « أما فى الفقه الإسلامى ، فهذه الألفاظ تسمى « الصيغة » . وقد تتنوع هذه الصيغة فيكون لها « صور » كثيرة كما يقولون ، ولكنها دائماً شرط من شروط الإنعقاد . حتى أنه إذا ما تبينت الإرادة من طريق آخر كإشارة بالرأس ، فلن ينعقد العقد ، إلا إذا كان الأمر متعلقاً بالأخرس . والكتابة نفسها لا تكفى فى الأصل ، إلا إذا لم يتيسر النطق بالألفاظ ، لظروف خاصة ، كبعد المسافة » .

ثم ينتقل المؤلف إلى دليله الثانى مشيراً إلى اختلاف الفقهاء بالتعاطى بقوله :

« ولهذا السبب نجد الفقهاء على أشد الخلاف ، فيما يتعلق بحكم التعاطى . ويظهر أنه فى أول الأمر ، لم يقم التعاطى مقام اللفظ ، إلا عند ورود العقد على الأشياء الخسيسة . على أنه فى رأى البعض ، يشترط دائماً أن يكون التنفيذ قد تم من الجانبين ، أى أن يكون البائع قد سلم المبيع والمشترى قد دفع الثمن . واشترط البعض أن يكون تسليم المبيع قد تم بالأقل .

وهذا كله يدل على أنه إذا كان الفقهاء ، قد انتهوا إلى قبول فكرة التعاقد دون أن ينبس المتعاقدان ببنت شفة ، فلم يكن ذلك منهم إلا بعد استيثاقهم من وقوع عمل ظاهرى يقوم مقام اللفظ . وقد نصوا صراحة على أن اللفظ « فعل » كالتعاطى » .

ثم يمضى المؤلف إلى الدليل الثالث مشيراً إلى عناية الفقهاء بصيغ التعبير اللفظى الزمنية بقوله :

« ففكرة اللفظية بقيت هى الأصل ، حتى أنهم اشترطوا فى اللفظ أن يكون مستوفياً لبعض الشروط . من ذلك أن يوضع اللفظ فى صيغة الماضى أو المضارع ...

وإذا استعمل اللفظ فى صيغة الأمر ، فقد قالوا إن العقد لا ينعقد ، ولو كانت نية

الإلتزام متوفرة . وعلى العكس تقول بعض النصوص إن صيغة الماضى يتم بها العقد ، دون حاجة إلى البحث فى نية العاقد ، على أن هذه النية يبحث عنها إذا استعمل اللفظ فى صيغة المضارع » .

وأخيراً ينتهى المؤلف إلى استخلاص النتيجة الآتية : « فالعقد إذاً هو فى الأصل لفظى . أما أن الإرادة المجردة أو مجرد الرضاء يربط الشخص . فهذا من المبادىء الأخلاقية ، التى يبتعد التشريع عنها ، إذا مارى إلى متانة البناء ذلك أن التشريع رائده التمسك دائماً بالحقائق الثابتة[1] » .

٢٧٣ — *تقدير هذا الرأى* : ونحن لا نوافق المؤلف على النتيجة التى انتهى إليها فى وصفه للفقه الإسلامى — أو للمذهب الحنفى بوجه خاص — بأنه يقدس اللفظ ، وأن الإرتباط بمجرد الرضاء فيه هو مبدأ أخلاقى لا يعتد به .

وإننا نرى أن هاتين الشبهتين اللتين ألحقهما المؤلف بهذا المذهب هما محل نظر !

٢٧٤ — ذلك لأن الشبهة الأولى ، هى أليق بالمذهبين الشيعى والشافعى ، — اللذين يعتبران بحق من غلاة خصوم التعاطى ، وأنصار الصيغة اللفظية ، لاسيما المذهب الأول منهما — لا المذهب الحنفى ، الذى لم يلتزم جانب الضيق الذى التزمه ذانك المذهبان ، والذى اعترف المؤلف نفسه بأنه يقر التعاطى كوسيلة للتعبير عن الإرادة .

أما الخلاف الإجتهادى حول التعاطى فلم يكن على أشده فى هذا المذهب ، كما يذهب إليه الدكتور شحاته ، بل لقد استقر على الاعتداد به . حتى رأينا فريقاً من أتباعه يعتدون بالتعاطى ، ولو كان وحيد الجانب ، وهو أمر لم يصل إليه المالكية أنفسهم الذين يرون هذا الضرب من التعاطى منعقداً غير لازم[2]. وفيما عدا ذلك ، ألم يعترف الفقهاء الأحناف بالتعاقد بدلالة الحال وبالسكوت الملابس[3] فكيف يقال بعد هذا أنهم وصلوا فى تقديسهم للفظ إلى درجة العبادة ؟ ! . .

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلاميه ، ف١٢٣ — ١٢٧ ، ص١٣٠ — ١٣٢
(٢) راجع ماسبق، ف ٢٤٩ ، ص ٢٤١ .
(٣) راجع ماسبق، ف ٢٤٤ ، ص ٢٣٧ .

هذا ولئن كانت مذاهب الفقه الإسلامى ، وحدة متماسكة فى حقيقتها ، رغم تعددها، واختلاف اتجاهاتها ، وكان وراء هذا التعدد والاختلاف ينبوع واحد ، تستقى منه هذه المذاهب أحكامها ، وتتمثله بطريقتها الخاصة ، وبمنطقها الخاص ؛ كان لامعدى لنا حين دراستنا لأحد هذه الاتجاهات ، أن نضمه إلى جانب نظائره ، لكى تُعْطَى صورة كاملة عن تلك الحقيقة الكامنة وراء هذه الاتجاهات المتعددة .

ولئن كنا قد اعترفنا بأن الشبهة التى أوردها المؤلف تليق ، إلى حد ما، بالمذاهب المضيقة فى الفقه الإسلامى ، فإنه ليبدو من الظلم لهذا الفقه فى هذا المقام أن نغفل ذكر مذاهبه الموسعة ، التى التزمت فى أحكامها جانب التوسعة على المتعاقدين ، وتيسير أسباب التعاقد لهم ، كمذهب مالك رحمه الله الذى وضع قاعدته السمحة الشهيرة : « مايعده الناس بيعاً فهو بيع »، هذه القاعدة التى لن تجد فى تشريعات الأمم مايبزها وضوحاً وتيسيراً، والتى طبقت فى فقه مالك بدقة وأمانة، فسمح فى هذا المذهب الرحب للعاقد بأن يسلك أى طريق للتعبير عن إرادته ، وسواء أكان هذا الطريق لفظاً أو كتابة أو إشارة أو موقفاً لاتدع ظروف الحال شكا فى دلالته على الرضا .

وكمذهب ابن حنبل رحمه الله الذى يقرر نزوعه إلى الرضائية على لسان فقيهه العظيم ابن قيم الجوزية فى عبارته الشهيرة حيث يقول : « فمن عرف مراد المتكلم بدليل من الأدلة وجب اتباع مراده ، والألفاظ لم تقصد لذواتها ، وإنما هى أدلة يستدل بها على مراد المتكلم . فإذا ظهر مراده ووضح بأى طريق كان ، عمل بمقتضاه . سواء كان بإشارة ، أو كتابة ، أو إيماء ، أودلالة عقلية ، أو قرينة حالية ، أو عادة له مطردة لا يخل بها[1] » .

وكما يقول فى موضع آخر :

« والصواب اتباع ألفاظ العبادات ، والوقوف معها . وأما العقود والمعاملات ، فإنما يتبع مقاصدها ، أو المراد بها ، بأى لفظ كان ، إذ لم يشرع الله ورسوله لنا التعبد بألفاظ معينة لا نتعداها[2] » .

---

(١) إعلام الموقعين ، ج ١، ص ١٨٩ ، س ١٦.
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٢ .

فأين هذا التصريح العظيم ، الذى يعلن فيه ابن القيم استنكاره لعبادة الألفاظ من دعوى عبادة الفقه الإسلامى للألفاظ ، واعتقاده بتأثيرها السحرى !..

٢٧٥ – أما الشبهة الثانية ، التى ذهب فيها المؤلف إلى أن الارتباط بمجرد الرضاء فى الشريعة هو مبدأ أخلاقى لا يعتد به ، فهى تجافى الصواب ، ذلك أن هذا النظر الذى عول الدكتور شحاته فى إثباته على كتاب سبل السلام للفقيه الزيدى الصنعانى لا يمثل على إطلاقه الرأى السائد فى الفقه الحنفى بوجه خاص ، ولا الفقه الإسلامى بوجه عام ؛ وهناك من الأدلة ما ينفيه ؛ من ذلك ما قاله الزيلعى الحنفى : « جواز البيع باعتبار الرضا لا بصورة اللفظ[(١)] » ، وما قاله الكاسانى الحنفى : « إن الأصل أن تصرف الإنسان يقع على الوجه الذى أوقعه[(٢)] » ، وما جاء على لسان الفقيه الحنبلى ابن تيمية ، حيث يقول : « والأصل فى العقود رضا المتعاقدين ونتيجتها ما أوجباه على أنفسهما بالتعاقد[(٣)] » .

ولعل ما نقله الدكتور شحاته عن الصنعانى يمثل رأى المذهب الزيدى الذى يدين به هذا الفقيه ، ويمثل رأى المذهب الجعفرى الذى شعاره ما جاء على لسان إمامه أبى عبد الله جعفر الصادق حيث يقول : « إنما يحرم ويحلل الكلام[(٤)] » . وكلا هذين المذهبين كما رأينا هو من غلاة نفاة التعاطى وأنصار الصيغة اللفظية .

ننتهى مما تقدم ، إلى أن القلة من المذاهب قد تقيدت بالنزعة اللفظية المفرطة فى الفقه الإسلامى ، أما الكثرة ، فقد خرجت إلى فناء الرضائية ، وتحللت من قيود اللفظية ؛ وإلى هذا يشير الأستاذ الدكتور السنهورى ، إذ يقول : « ولنا بعد ما قدمناه أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامى ، فى مذاهبه المختلفة ، أن هناك ميلا واضحاً إلى العدول عن مذهب اللفظية الضيق الذى التزمه الشافعى فى بعض الروايات عنه[(٥)] ،

---

(١) تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٤ .
(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٥٩ .
(٣) فتاوى ابن تيميه ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .
(٤) مفتاح الكرامة للعاملى ، ج ٤ ، ص ١٥٧ .
(٥) ونشير هنا إلى أن المذهب الشافعى لم ينفرد بالتزام مذهب اللفظية بل وجد إلى جانبه مذاهب الشيعة التى بزته فى هذا الالتزام وكانت أكثر منه إمعاناً فى نفيها للتعاطى كما مر .

وإلى اعتبار التعاقد جائزاً بالرسالة وبالكتابة وبالإشارة وبالتعاطى ، من حيث دلالة كل ذلك على التراضى ، ومن ثم إلى اعتبار التعاقد جائزاً بأى مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على التراضى ، وفى هذا يتلاقى الفقه الإسلامى مع الفقه الغربى[1] » .

الفرع الثانى

مسوغات إيثار اللفظ

٢٧٦ — انتهينا مما تقدم إلى أن الرأى السائد فى الفقه الإسلامى كان يتجه إلى الاعتداد بأى موقف يدل على الرضا ، وأن بعض المذاهب قد جنحت إلى منح اللفظ مزايا خاصة لم تحظ بها وسائل التعبير الأخرى ، ورأينا أيضاً أن الفقه الإسلامى ظل إجماعه منعقداً على إيثار اللفظ على غيره من وسائل التعبير عن الإرادة فى عقد النكاح ، لا ريم عنه . ونتساءل هنا : لِمَ حظى اللفظ فى الفقه الإسلامى بهذه المكانة بين نظائره من وسائل التعبير ، وما هى المزايا التى يتحلى بها والتى حدت بالمذاهب الفقهية إلى إيثاره على غيره ؟

٢٧٧ — *مزايا اللفظ* : الواقع أن للألفاظ مزايا عدة : فعلى جرسها تنعكس شخصية صاحبها ، ومن طابعها نعرف انفعالاته وميوله ورغباته ، ومن رنينها نتعرف على سنه ، فهى مرآة مطابقة ، وسفير صادق ، يعبر عن النفس فى مجموعها ، شعورها ولا شعورها ، عقلها الواعى وعقلها اللاواعى ، وإن شئت فقل هى صدى لشخصية الإنسان وكيانه ، فنها نتعرف على صحته ومرضه ، وسخطه وغضبه ، وانبساطه وانقباضه ، وفرحه وترحه ، وهى الكاشف الأثيرى لهذه الشخصية ، إذا ما حال بيننا وبينها حجاب مادى ؛ وهى كاشف لا يخطىء ، فقد أجريت إحصاءات لمعرفة مدى صدق الصوت فى تعبيره عن سن صاحبه — عن طريق إسماع المميزين لهذه الأصوات لأصوات أصحابها وهم يدلون بها من وراء حجاب — فأفضت هذه الإحصاءات إلى تمييز لا يخطىء . إن تحية عادية يرسلها الإنسان إلى أصحابه حين يلقاهم تكشف فى ثناياها عما أودعه فيها صاحبها من غموم يضيق بها الصدر ، أو مسرات تنفرج لها النفس ؛

---

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ١٢٥ — ١٢٦ .

وهكذا ينطلق الصوت وهو يختلط مع أنفاس الصدر خير معبر عن ذاك العكر الصدرى أو هذا الصفاء النفسى .

٢٧٨ — **الموازنة بين اللفظ والكتابة** : هذا ولسنا نعتقد أن الكتابة تضارع اللفظ ، منافسها ، فى مزاياه بل هى تتخلف عنه ، ذلك أن الأحرف المكتوبة هى أحرف مادية ، عقيمة ، ميتة . ترتسم منفصلة عن شخصية صاحبها ، وهى بهذا الرسم تخرج من النطاق الذاتى النسبى إلى النطاق الموضوعى المطلق . أما الأحرف الملفوظة فهى تنطلق متصلة بشخص صاحبها ، وهى بهذا الاتصال تعبر عن لونها الذاتى النسبى ، وتبرز فيها معالم الحياة والخصب ، تلك المعالم التى تجردت عنها الكتابة على أديم الورق . ويكفى أن نعود إلى مثال التحية السابق للتدليل على صحة هذه الموازنة . إن تلك التحية التى كشف اللفظ عن ملابساتها بجلاء ، سرعان ما تفقد حيويتها إذا ما صبت بأحرف متبلورة مكتوبة ، ذلك أن خصائص الحياة تتعطل فيها آنذاك ، فتنقلب حرارة الحياة فيها إلى برودة الموت . ولهذا السبب نفسه كانت الكتابة أطوع إلى بنان المنافقين فى إخفاء ريائهم ونفاقهم . فالكتابة لهم هى نعم القناع الذى يخفى معالمهم الحقيقية ويساعدهم ، بما يحمله من موضوعية وإطلاق ، على تضليل غيرهم . أما اللفظ فقلما يخلص لصاحبه فى تقيته ، وقلما يطيعه فى إخفاء مايختلج فى ضميره ، إلا إذا كانت إرادة صاحب التعبير قد منحت من القوة قدراً يساعده على التحكم فى هذا الإخفاء ، يلجم به اختلاجات النفس الحقيقية ، ويحول به دون الإفصاح عن صورته الصحيحة . هذا، وإلى جانب ميزة الوضوح التى يحظى بها اللفظ ، نجد ميزة الشمول ؛ فاللفظ نافذة تطل منها النفس بمظاهرها الثلاثة: العاطفية والعقلية والإرادية ، أما الكتابة فهى نافذة وحيدة الجانب تحمل معنى الإخبار ، وهو جانب عقلى محض لا أثر فيه للعوامل الوجدانية والإرادية ، فالبائع الذى يكتب (بعت) على الورقة بصورة صامتة لانستطيع أن نتبين منها مدى هذه الإرادة من الجزم (وهو مظهر إرادى) ولا الرضا (وهو مظهر عاطفى) ولسنا نستبين من هذه الصيغة المكتوبة إلا مظهراً واحداً فقط هو الإخبار (وهو مظهر عقلى فقط) أما لو حل اللفظ محل هذه الكتابة فنجد هذه المظاهر الثلاثة جميعاً تندمج فى هذا اللفظ وتساهم فى أداء معنى متكامل

يعبر عن اتجاه الشخصية فى مجموعها . فالجزم الذى يتجلى فى نبرات الصوت ، والذى غالباً ما نلمسه من المتعاقد إثر مساومة طويلة ، يعبر عن مدى مضاء الإرادة فى عزيمتها وحسمها ، وهذا هو المظهر الإرادى ، وتدفق اللفظ أو تراخيه ينبيء عن مدى ارتياح العاقد للصفقه التى يقدم عليها ، وهذا هو المظهر الوجدانى ، ثم يأتى المظهر المشترك بين اللفظ والكتابة وهو المظهر العقلى الإخبارى وهو يتجلى بالأحرف الملفوظة من حيث هى أحرف يتكون من مجموعها كلمات لغوية نقلها الشارع إلى لغته الاصطلاحية .

وإلى جانب هذه العناصر الداخلية فى اللفظ التى تؤهله لدرجة التفوق نجد عناصر خارجية مساعدة تسمى إليه لتسهم معه فى أداء التعبير على خير وجه . فاليد هى المساعد الرئيسى تظهر فى الخارج ما تقرره النفس فى الداخل ، ويكفى أن نعبر عن مدى اتصالها بهذا التقرير أن اسم التصرف فى الفقه الإسلامى يرتكز فى تسميته التاريخية عليه ، فلفظ الصفقة يقصد به ضرب المشترى بيده على يد البائع دلالة على العزم بالقبول . واليد وحركة الرأس هما المساعدان اللذان يسندان المهمة الإرادية للفظ ، وهما له نعم الظهير ؛ ومن اجتماع هذه العناصر الثلاث يتولد للفظ مظهر إرادى كامل .

أما المظهر الوجدانى العاطفى للفظ فيجد فى أسارير الوجه خير نصير له فى أداء مهمته ، وقديماً قال صاحب كشف الأسرار رحمه الله : « والرضا عبارة عن امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب[1] » ولقد صدق البزدوى فى اعتباره تقاسيم الوجه صفحة يظهر عليها فيض النفس التى ارتوت ميولها وأشبعت غرائزها ولبيت حاجاتها . هذا ولما كان الإنسان حزمة من هذه الميول والغرائز ، وكانت هذه الميول هى قوام العقل اللاواعى ، ولما كان الألم مظهراً لكبت هذه الرغبات والرضا مظهراً لإشباعها وإروائها ، وكان الوجه أخيراً صورة معبرة لما يختلج فى هذا العقل الباطن من رضا وألم ، كان طبيعياً أن نركن إلى هذا الوجه نفسه لكى نستشف ما نصبو إليه من رضا .

(١) كشف الأسرار للبزدوى ، ج ٤ ، ص٣٨٣ ، س ٢٧ .

والخلاصة أن الألفاظ هى أشبه ما تكون بميزان حساس ، يكشف عن الحالة النفسية كما هى ، ويكاد يقلب الحالات النفسية الكيفية إلى حالات مادية كمِّيَّة . وليس يهمنا فى هذا أن لا يحفل القانون بهذا الكم ، باقتصاره فى الاعتماد على الكيف فهو يعتمد الرضا من حيث المبدأ ، ويصرف النظر عن درجته ومداه . ليست تهمنا نظرة القانون هذه ، وإنما يهمنا أن ندلل على تفوق اللفظ على الكتابة فى هذا المضمار ، هذا التفوق الكمى الذى لا نلمسه فى حنايا الأحرف المكتوبة . ويهمنا أن ندلل بهذا أيضاً على أن الفقهاء الإسلاميين كانوا على حق عند ما أعطوا اللفظ مكان الصدارة بين أنداده من وسائل التعبير .

وإلى جانب ميزة الوضوح والشمول ، نجد فى اللفظ ميزة القدم التاريخى ، والعموم المعاصر ؛ فالعقود اللفظية وجدت منذ وجد تنظيم المجتمع ومنذ عرف الإنسان العقد وسيلة لنشوء الحقوق . أما العقود الكتابية فهى لاحقة من حيث الترتيب التاريخى للعقود اللفظية . لأن المجتمعات انتظمت ، ووجد العقد وسيلةً لنشوء الحقوق قبل أن يخترع الإنسان الكتابة . وعلى هذا فإن اللفظ كوسيلة لصياغة العقد وجد قبل أن توجد الكتابة ، ولقد ظل اللفظ — حتى بعد اختراع الكتابة — هو الوسيلة الأصلية للتعبير عن الإرادة التعاقدية ، ذلك لأن تعلم الكتابة لما يشمل كافة الأفراد فى كافة المجتمعات ، وعليه نستطيع أن نقرر أنه حتى فى العصر الحاضر ما يزال اللفظ هو الوسيلة الأصلية الشاملة للتعبير عن الإرادة التعاقدية .

المبحث الثالث

نظرية اللفظية فى قانون الأحوال الشخصية السورى

٢٧٩ — مر معنا عند بحثنا لنقاط الالتقاء بين المذاهب الاسلامية فى نظرتها إلى اللفظ كوسيلة للتعبير أنها اتفقت جميعاً فى صدد عقد النكاح على النقاط الثلاثة التالية :

(١) السماح للأخرس بالتعاقد بالاشارة والكتابة .

(٢) منع غير الأخرس من التعاقد بالاشارة والتعاطى والكتابة .

(٣) السماح لغير الأخرس بالتعاقد بالكتابة إذا تم العقد بين غائبين .

ويلاحظ أن قانون الأحوال الشخصية السورى قد قنن هذه النقاط الثلاثة المتفق عليها فى أحكامه .

(١) فقد جاء فى المادة ١٠ منه : « يصح أن يكون الإيجاب والقبول من العاجز عن النطق بالكتابة إذا كان يكتب وإلا فبإشارته المعلومة » .

(٢) وجاء فى المادة ٦ منه : « يكون الايجاب والقبول فى الزواج بالألفاظ التى تفيد معناه لغة أو عرفاً » .

(٣) وجاء فى المادة ٧ منه : «يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً » .

وبالاضافة إلى ما تقدم فقد منع القانون المذكور غير الأخرس من الوصية بالإشارة ، وهذا الحكم يستفاد بالمفهوم المخالف من المادة ٢٠٨ من ق. أ. ش التى نصت على أن الوصية : « تنعقد بالعبارة أو بالكتابة ، فإذا كان الموصى عاجزاً عنهما ، انعقدت الوصية بإشارته المفهومة » .

وإذا قابلنا بين هذه النصوص الخاصة والنص العام الوارد فى المادة ٩٣ من القانون المدنى[1] الذى ينص على التسوية بين جميع وسائل التعبير نجد أن هذه النصوص قد خرجت على المبدأ العام المقرر فى هذه المادة الأخيرة التى لا تمنح اللفظ أى امتياز .

وهذا الخروج ، كما هو واضح ، لا يعتبر تعارضاً مع النص العام ؛ بل هو تخصيص له اقتضته ، فى نظر الفقهاء المسلمين ، ظروف النكاح الخاصة التى تدعو إلى الاحتياط ما أمكن

على أن التعارض يمكن أن يلاحظ بين المادة ١٠ من ق. أ. ش التى تجيز للأخرس التعاقد بالكتابة والإشارة من جهة وبين المادة ١١ من ق. أ.ش التى تشترط فى عقد النكاح « أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخرين » . ذلك لأن اشتراط هذا السماع متعذر فى حال التعاقد مع أصم أو أخرس .

---

(١) نصت المادة ٩٣ من القانون المدنى السورى (٩٠ مصرى) على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المتداولة عرفاً ، كما يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكا فى دلالته على حقيقة المقصود . » ويلاحظ أن المادة عددت وسائل التعبير مبتدئة باللفظ ، وليس يترتب على هذا التقديم فى الترتيب أية نتيجة عملية

ونحن نرى كمخرج لهذا التعارض الاستعاضة عن المادة ١١ من ق. أ. ش بالمادة ٩٢ من القانون المدني السوري (٨٩ مصري) التي تنص على أن العقد « يتم بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . . » ذلك لأن التبادل الذي تشير إليه هذه المادة الأخيرة يتضمن شرط السماع الذي تشير إليه المادة ١١ من ق. أ. ش . وبيان ذلك أن التبادل يقتضي أن يوصل كل من المتعاقدين تعبيره عن إرادته إلى الطرف الآخر إما عن طريق السماع ، وإما عن طريق الرؤية ؛ فلا بد لانعقاد العقد من وصول الإيجاب إلى علم الموجب إليه ، ومن وصول القبول إلى علم الموجب ، إذ لا يتحقق معنى التبادل بدون ذلك[1] .

ويستند ترجيحنا للمادة ٩٢ على المادة ١١ المشار إليهما إلى أن المادة الأخيرة — باشتراطها للسماع — ينحصر تطبيقها في العقود التي تتم بطريق اللفظ فقط ، وهذا الاشتراط فيما نرى أثر من آثار نظرية اللفظية في الفقه الإسلامي . بينما يشمل تطبيق نص المادة ٩٢ المختار انعقاد جميع العقود : لفظية كانت (كما هو الحال في القاعدة العامة المقررة لغير الأخرس في المادة ٦ من ق. أ. ش) أو إيمائية (كما هو الحال في الإستثناء الثاني المقرر للعاجز عن النطق في المادة ١٠ من ق. أ. ش) .

ويلاحظ أخيراً أن المادة ٧ من ق. أ. ش قد نصت على أنه « يجوز أن يكون الإيجاب والقبول بالكتابة إذا كان أحد الطرفين غائباً عن المجلس » .

ونحن نعتقد أن هذا النص الذي أجاز أن يكون كل من الإيجاب والقبول بالكتابة لا يتفق والرأي السائد في الفقه الإسلامي الذي يسمح بإجراء الإيجاب بالكتابة لا القبول[2] .

ولذلك فإننا نرى حذف لفظ « القبول » الوارد في المادة السابعة من قانون الأحوال الشخصية السوري وتعديلها على الشكل الآتي :

« يجوز أن يكون الإيجاب بالكتابة إذا كان الموجه إليه الإيجاب غائباً عن المجلس » .

---

(١) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٠٦ ، ص ١٣٨ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٢٢٣ ، ص ٢١١ — ٢١٢ .



الباب الثالث

نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى

تمهيد

٢٨٠ — تسود الفقه الغربى فى العصر الحاضر مدرستان : مدرسة لاتينية ذات نزعة ذاتية تغلب فى الالتزام عنصره الشخصى وتعتد بالإرادة الباطنة ، وتضع معايير نفسية تعتبر فيها النية المستترة . ومدرسة ألمانية ذات نزعة موضوعية تغلب فى الإلتزام موضوعه المادى ، وتعول على الإرادة الظاهرة ، وتضع معايير مادية تقف عند العرف المألوف . ولئن كان الفقه الإسلامى ينتمى إلى المدرسة الثانية ويأخذ بالنزعة الموضوعية كما تقدم فإنه ليغدو من الضرورى أن نتلمس هنا الآثار التى تترتب على هذه النزعة فى مجال الصيغة التصرفية عن طريق دراسة مركز كل من الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة فى نظر الشارع الإسلامى . ولعله من المفيد أن نمهد لذلك بكلمة موجزة عن هذه المسألة فى الفقه الغربى والتقنين المصرى .

§ ١ — مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى الفقه الغربى

٢٨١ — **نظرية الإرادة الباطنة** : سادت هذه النظرية بوجه خاص فى الفقه الفرنسى وهى ترى أن الإرادة هى لب التصرف وقوامه . أما التعبير فهو لا يخرج عن كونه الرداء الذى يتدثر به جوهر التصرف ، وهو الإرادة الحقيقية التى يرجع إليها تحريك الآثار القانونية « وكما أن العبرة ليست بالرداء بل بشخص من يرتديه ، فكذلك يجب أن يكون التعويل لا على التعبير فى ذاته بل على الإرادة التى قصد التعبير عنها ، أى أن التعبير لا تكون له قيمة ، ولا يجوز أن يترتب عليه أثر إلا بالقدر الذى يطابق به الإرادة الباطنة بحيث لو ثبت اختلافه عنها لم يجز التعويل عليه ، وتعين

اطراحه والأخذ بها [1] » . فحاصل هذه النظرية إذن أن العقد يتكون بتطابق الإرادتين لا بتطابق التعبيرين إلا إذا كانا متفقين مع الإرادتين الحقيقيتين . وهي تستلزم الاعتداد بالبواعث التي حركت الإرادة . مهما كانت بعيدة أو غير مباشرة . وتدعو كما هو ظاهر إلى إيثار الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة واعتبار الأخيرة مجرد دليل عليها ولكنه دليل قابل لإثبات العكس . أما أساسها فهو مبدأ سلطان الإرادة ومقتضاه أن الشخص لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبقدر ما يريد أن يلتزم .

٢٨٢ — *نظرية الإرادة الظاهرة* : تعرضت نظرية الإرادة الباطنة منذ أواخر القرن التاسع عشر إلى نقد عنيف على يد أتباع المدرسة الألمانية . وكان نقد هؤلاء يهدف بالدرجة الأولى إلى إبراز مدى إغفال نظرية الإرادة الباطنة للصفة الاجتماعية للعلاقات القانونية . ويرى أنصار المدرسة الجديدة أن ما تطالب به الثقة وما يدعو إليه الإئتمان هو التعويل على الإرادة الظاهرة التي اطمأن إليها الناس في تعاملهم . فهذه الإرادة وحدها هي التي يستطيع القانون احتضانها وترتيب ما قصدته من آثار . أما الإرادة الباطنة التي لم تطف من عالم النفس إلى عالم الناس ، فلا شأن للقانون بها مالم تنقلب من ظاهرة نفسية إلى ظاهرة اجتماعية . ويرى أنصار هذه النظرية أن التعبير دليل على الإرادة الباطنة ، ولكنه دليل غير قابل لإثبات العكس ، لأن التعبير هو جسم الإرادة وهو الذي يولد الأثر وكما أن جسم الإنسان ليس دليلا على وجوده ، فكذلك التعبير ليس دليلا على وجود الإرادة ، بل هو الإرادة نفسها . ويترتب على ذلك أن عدم مطابقة الإرادة الباطنة للارادة الظاهرة لا يورث العقد بطلاناً ، لأن العقد قام بقيام ركنيه المتطابقين ، وهما التعبيران ، ولا عبرة بعد ذلك لما توارى وراءهما من إرادتين متغايرتين . ذلك أن هاتين الإرادتين النفسيتين الخفيتين لا يستطيع القانون أن يمسك بهما فهو معذور إذا تجاهلهما .

٢٨٣ — *التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر* : على أن تجاهل الإرادة الباطنة ليس مطلقاً في منطق هذه النظرية بدليل أنها ما زالت تعتبر التعبير نفسه عملا إرادياً

---

(١) نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ٧٤ ، ص ١٠٠ .

لإهدارها التعبيرات الصادرة من عديمى الأهلية « فكأن أنصار النظرية لم ينفوا الإرادة باعتبارها ظاهرة نفسية ، بل هم احتفظوا بها وقصروها على إرادة التعبير فى ذاته دون حاجة إلى إرادة إحداث الأثر القانونى . فمن يقبل العقد مزاحاً فقد أراد التعبير عن القبول ، ولكنه لم يرد إحداث الأثر القانونى ، وهو الإلتزام بهذا العقد . وإرادة التعبير تكفى وتلزم للانعقاد . أما حدوث الأثر القانونى فهو ليس مسألة نفسية بل هو مسألة موضوعية objective . والقاضى هو صاحب السلطان فى تحديد هذا الأثر ، وهو فى سبيل هذا التحديد لا يبحث عن الإرادة الباطنية ، بل عن المعنى الذى يتجلى عنه هذا التعبير لشخص متوسط الذكاء . وإذا احتمل التعبير أكثر من معنى فللقاضى — فى هذه الحالة دون غيرها — أن يبحث عن الإرادة الباطنة . فإذا تجمعت له عناصر الحكم ، وأمكنه استجلاؤها كان بها وإلا فهو يرتب على التعبير الأثر القانونى الذى تقضى به العدالة والمصلحة الاجتماعية[1] » .

٢٨٤ — **التقريب بين النظريتين** : ويلاحظ هنا أن هاتين النظريتين لم تخرجا عن كونهما فكرتين علميتين لا شأن لهما إلا فى عالم النظر إذ لا تستقل إحداها بالسيادة فى أى قانون وضعى . فالتشريعات تستبعد أولاها لمبالغتها فى الفردية ، وثانيهما لمبالغتها فى المادية ، وتستبدلان بهما حلولا معتدلة تحاول فى صياغتها أن تتجنب قدر الطاقة ما تتضمنه كلتاهما من نتائج ضارة[2] .

§ ٢ — موقف التقنين المدنى المصرى من النظريتين

٢٨٥ — (١) **موقف المشروع التمهيدى** : حدد المشروع التمهيدى اختياره بوضوح لنظرية الإرادة الظاهرة فقد جاء فى المذكرة الايضاحية « ترتكز نظرية العمل القانونى فى المشروع على الإرادة الظاهرة ، أى على التعبير عن الإرادة لا على الإرادة الباطنة ، كما هو الشأن فى التقنين الحالى[3] » وحين تعرض مشكلة التحفظ

(١) أصول الإلتزامات للدكتور حلمى بهجت بدوى ، ف ٥٧ ، ص ٨٩ — ص ٩٠ .
(٢) التصرف القانونى المجرد ، للدكتور محمود أبو عافية ، ف ٨٠ ، ص ٢٧٤ .
(٣) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥ .

الذهنى بمناسبة المادة ١٢٨ من المشروع تقول المذكرة الايضاحية « يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهنى ، وهى تثير من فورها أمر البحث فى المفاضلة بين مذهب الارادة الباطنة ومذهب الارادة الظاهرة . فإذا لم تطابق الارادة الظاهرة الإرادة الباطنة ، فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة الظاهرة[١] » .

٢٨٦ — موقف التقنين الجديد :

ويستخلص من النصين السابقين أن المشروع قد تأثر تأثراً ظاهراً بنزعة القوانين الجرمانية . ولكن هل ظل المشرع أميناً على هذه النزعة ، أم أنه ازورّ عنها ، وجنح إلى الركون إلى النزعة الذاتية التى كان مستقراً عليها فى تقنينه القديم ؟ الواقع أن النزعة الجرمانية قد تضاءل أثرها على المشرع إلى حد كبير عندما صب أحكامه فى نصوصها النهائية، على أن هذه النصوص لا تخلو من اعتداد بالإرادة الظاهرة ونزوع إلى استقرار التعامل . الأمر الذى يدعونا إلى القول بأن القانون الجديد قد تزحزح بعض الشىء عن نزوعه الذاتى الذى كان سائداً فى تقنينه القديم[٢] .

ونشير هنا إلى أن الأنظار الفقهية مختلفة فى تحديد مدى أخذ المشرع بالإرادة الظاهرة ونستطيع أن نقرر أن ثمة رأيين فى هذا الصدد :

الرأى المضيق : وهو يرى أن مسألة الأخذ بالإرادة الظاهرة لا تنهض إلا فى حالات

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٩ .

(٢) قارن الدكتور وليام قلادة الذى يرى بأن الإرادة الباطنة هى جوهر التصرف القانونى فى التقنين المدنى المصرى (ص ٤٢٣) وأن هذا التقنين انحاز انحيازاً نهائياً إلى النظام اللاتينى (ص ٤٢٥) وأن التغيير الذى أجراه المشرع المصرى فى قانون التصرف القانونى لم يكن فى دور التعبير فى هذا التصرف ، فما زالت الوظيفة الأولى والوحيدة لهذا العنصر المادى هو الإفصاح عن الإرادة (ص ٤٢٦) . وانظر الدكتور عبد الحى حجازى (ف ٧٥ ، ص ٦٧) النظرية العامة للالتزام حيث يرى بأن القانون المدنى الجديد لم ينحرف عن الإرادة الباطنة إلى الإرادة الظاهرة، بل لا يزال يعتد كقاعدة عامة ، بالإرادة الباطنة ولكنه لم يغال فى ذلك غلواً كبيراً إذ هو يعتد إلى جوار ذلك باعتبار اجتماعى هو الإستقرار الواجب فى المعاملات ولذلك يعتد بالإرادة الباطنة بالقدر الذى لا يتعارض مع الإستقرار الذى يجب أن يسود المعاملات .

ونحن نرى أن القانون المدنى الجديد لم يهجر فكرة الإرادة الظاهرة هجراً تاماً ، بل أخذ منها بقدر ، ونقدم كدليل على ذلك اعتداده بالإرادة الظاهرة فى الصورية .

انفصام الإرادة الظاهرة عن الإرادة الباطنة فى تعبير معين « إما لأن المرسل إليه التعبير قد فهمه بطريقة تجعله مخالفاً لإرادة المعبر ، وإما لأن المعبر لم يحسن التعبير عن إرادته فجاء مخالفاً لمضمون هذه الإرادة . ومعنى هذا أن الاختلاف لابد أن يكون بين التعبير وبين نفس الإرادة المعبر عنها ، فنى هذه الحالة فقط يمكن أن تثور مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة واختلاف تلك عن هذه[1] » .

الرأى الموسع : وهو يرى أن مسألة الأخذ بالارادة الظاهرة ليست مقصورة على الحالات التى ينفك فيها التلازم بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى تعبير معين بل هى تشمل حالات أخرى . ولعلنا ندرك فيصل التفرقة بين هذين الرأيين فى دراستنا التالية لمظان الأخذ بالإرادة الظاهرة فى القانون المدنى .

٢٨٧ – (أ) المادة ٨٩ (٩٢سورى) : ونصها : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين ... » . تعرض هذه المادة كما هو ظاهر لبيان وقت تمام العقد . وهى تأخذ ، كما سلف أن بينا عند بحثنا لتكون العقود ، بنظرية العلم . ونشير هنا إلى أن المذكرة الإيضاحية للمشروع التمهيدى ، جرياً على عادتها فى الربط بين نظام العلم والنظرية المادية فى التعبير ، أشارت إلى أن المشرع قطع بإيثار مذهب الإرادة الظاهرة بصورة واضحة فى هذا النص . فلم يتطلب لانعقاد العقد توافق إرادتين بل استلزم تبادل تعبيرين عن إرادتين متطابقتين[2] ونحن نرى أن هذا من المذكرة الايضاحية إمعان فى توسيع مفهوم مسألة الإرادة الظاهرة . نظراً لانتفاء التلازم بين اشتراط الإعلام فى التعبير ، والأخذ بالإرادة الظاهرة بدليل أن القانون السويسرى يأخذ بنظرية الإعلان فى التعاقدبين غائبين رغم انحيازه إلى نظرية التعبير . وفيما عدا ذلك ، فإن اشتراط الإعلام كجزء فى الركن المادى للتعبير لا يتعارض مع نظرية الإرادة الباطنة ، ذلك أن هذه النظرية تتطلب التعبير كركن مادى فى التصرف « ويستوى فى ذلك أن يتم وجود هذا الركن بالإصدار أو يستوجب القانون ألا يكمل إلا بالعلم ففى كلتا الحالتين نظل فى نطاق النظرية التقليدية[3] » . ننتهى مما تقدم إلى أن اشتراط التبادل فى المادة ٨٩ لا ينم عن أخذ

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف٦٩ ، ٦٢ .
(٢) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ، ص ٥٣ .
(٣) قلادة ، ف ٤٨ ، ١٥٦ .

المشرع بنظرية التعبير بل إن تطلب القانون لتبادل التعبير عن — إرادتين متطابقتين — يكشف بوضوح عن جوهرية الإرادة فى التصرف القانونى وأن التعبير ليس له من مهمة سوى تبادل هذه الإرادة بين طرفى التصرف[1] .

٢٨٨ — (ب) المادة ٩١ ومؤداها كما رأينا أن التعبير عن الإرادة ينتج أثره فى الوقت الذى يتصل فيه بعلم من وجه إليه . ويتفرع على هذا النص أن المخاطب بالتعبير المتلقى كالموجب إليه مثلا إذا قبل الايجاب ، ثم عدل عنه ، ولكن القبول وصل إلى علم الموجب قبل وصول العدول انعقد العقد وصار ملزماً .

ولقد اختلفت الأنظار الفقهية فى دلالة هذا النص . فذهب رأى موسع إلى أنه تطبيق لنظرية الإرادة الظاهرة ذلك « أن ارتباط القابل بالعقد رغم عدوله عن قبوله لا يمكن أن يكون أساسه إرادته الحقيقية ، لأنه عدل عنها ، وإنما يكون أساسه هو إرادته الظاهرة ، فهى وحدها التى اقترن بها الإيجاب[2] » .

ويرى الرأى المضيق أن لا صلة لهذا النص بمسألة الإرادة الظاهرة لأن مقتضى هذه المسألة أن يكون ثمة إرادة يحصل التعبير عنها فيجىء التعبير مخالفاً لهذه الارادة نفسها . أما المسألة التى تثور فى هذا النص فهى مسألة خلاف بين إرادة لاحقة وإرادة سابقة ، وهى ليست مسألة اختلاف بين إرادة ظاهرة وإرادة باطنة ، وإنما هى مسألة تغيير فى الإرادة ... وهى تطبيق سليم للقواعد العامة التى تقضى بأن المتعاقد إذا رضى بالعقد يرتبط به ، ولا يؤبه بعد ذلك لتغيير إرادته[3].

ويلاحظ مما تقدم أن مرد الخلاف بين الرأى المضيق والرأى الموسع أن الرأى الأول يحفل بالخلاف بين التعبير والإرادة عند صدور التعبير . أما الرأى الثانى فهو يحفل بهذا الخلاف عند انعقاد العقد فحسب . وهو يرى أن منطق نظرية الإرادة أن العقد عند تمامه هو إرادتان متطابقتان، وليس ثمة من تطابق إذا عدل القابل عن قبوله قبل هذا التمام، فلا محيص إذن من اعتباره قائما على أساس من الإرادة الظاهرة ؛ لأنه يتم فى هذه الحالة بالاستناد إلى تطابق تعبيريه لا إرادتيه .

---

(١) المرجع السابق ، ف ٣٠ ، ١٩٤ .

(٢) الوسيط ، جـ ١ ، ص ٨٤ .

(٣) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٦٩ ، ص ٦٢ .

٢٨٩ — (ح) المادة ٩٢ ونصها : « إذا مات من صدر منه التعبير عن الإرادة أو فقد أهليته قبل أن ينتج التعبير أثره فإن ذلك لا يمنع من ترتب هذا الأثر عند اتصال التعبير بعلم من وجه إليه » . ومثاله أن شخصا فى القاهرة كتب لآخر فى دمشق يعرض عليه صفقة ، فقبلها الآخر ، ولكنه مات قبل أن يصل القبول إلى علم الموجب . فهنا يقضى القانون بأن المقديتم ويرى الأستاذ السنهورى أن قيام العقد يستند فى هذه الحالة إلى الإرادة الظاهرة فهو يقول : « إن هذا الحكم لا يستقيم على أساس الإرادة الباطنة الكامنة فى النفس ، وهى الإرادة التى تموت بموت صاحبها ، وتزول بفقده أهليته ، بل على أساس الإرادة الظاهرة التى انفصلت عن صاحبها فأصبحت مستقلة عنه ، وتبقى بعد موته ، أو فقده أهليته[1] » .

ويرى الدكتور حجازى أن هذا النص لا علاقة له بالإرادة الظاهرة ولا بالإرادة الباطنة فالمفروض« أن تعبير القابل كان موافقاً لمضمون إرادته ساعة صدوره ، ولا يترتب على موته قبل وصول القبول إلى علم الموجب أن يصبح هذا التعبير مخالفاً لمضمون هذه الارادة ، وإنما يتعلق هذا النص بمسألة أخرى هى استقلال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره منه[2] » .

ونحن نوافق الدكتور حجازى على رفض فكرة الإرادة الظاهرة كأساس لانعقاد العقد فى المثال المتقدم ، ولكننا لسنا نوافق على اعتماد فكرة استقلال التعبير عن صاحبه كأساس لهذا الانعقاد لغموض هذه الفكرة من جهة وعدم صحتها من جهة أخرى.

أما غموضها ، فيتجلى فى عدم وضوح الخط الذى يفصل بينها وبين فكرة الارادة الظاهرة. ذلك أن الحالات التى يقوم العقد فيها على أساس الإرادة الظاهرة رغم انفصامها عن الإرادة الباطنة يمكن تأسيسها بكل يسر وسهولة على فكرة استقلال التعبير عن صاحبه ، ما دام التعبير فى هذه الحالات يستقل فعلا عن صاحبه ، ويعتد الشارع به ، غير آبه بالاتجاه الحقيقى للمعبِّر .

أما عدم صحتها : فيبدو فى نظرنا فى كون التعبير — حال وفاة صاحبه —

(١) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، ٨٤ .
(٢) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبدالحى حجازى ، ف ٧٠ ، ص ٦٣ .

لايخلو من اتصال بخلفه ، ذلك أنه ليس ثمة مايمنع هذا الخلف، فى نظرنا، من أن يقوم مقام سلفه فى الرجوع عن هذا التعبير قبل وصوله إلى الموجب . وهذا يعنى، ولاشك ، تبعية التعبير لصاحبه ممثلا فى خلفه الذى هو استمرار له — لا استقلاله عنه . وبعبارة أخرى ، لو كان التعبير مستقلا فى مسيره من القابل المتوفى نحو الموجب لما تسنى لخلف هذا القابل أن يحول بين القبول وبين متابعة مسيره .

وإذا ثبت استبعاد كل من فكرة الإرادة الظاهرة واستقلال التعبير كأساس لانعقاد العقد فى الحالة موضوع البحث نقول إن الأساس الصالح لانعقاد العقد فى هذه الحالة ليس سوى الإرادة الباطنة نفسها . وليس ثمة من داع فى نظرنا للتشكك فى مستقبل هذه الإرادة التى عبر عنها العاقد أثناء حياته ، والإزكان بأن صاحبها قد يعدل عنها لو ظل حياً . ذلك أن «اليقين — كما تقول القاعدة الفقهية — لا يزول بالشك[1] » .

أما ما ذهب إليه الدكتور السنهورى من أن الإرادة الباطنة تموت بموت صاحبها فهو غير وارد ، بدليل أن أحداً لم يعارض فى بقاء إرادة الموصى بعد وفاته. إن بقاء هذه الإرادة لدليل على أن الوفاة لا تعنى رجوعاً عن الإرادة ولا فناءها .

ويشاركنا الدكتور وليام قلادة نفس الرأى فى هذا الصدد ويدلل عليه بطريق آخر فهو يقول : «إن إبقاء التعبير بعد موت صاحبه وقبل علم المرسل إليه به ، ليس دليلا على انفصال التعبير عن صاحبه بمجرد صدوره ، بل هو دليل على إعمال الإرادة الباطنة فى أوسع مدى . ذلك أن القانون إذ يعمل التعبير — قبل أن يتمم من صدر عنه التعبير الإعلام — إنما يعمل فى الحقيقة إرادة اختزل تعبيرها فهو يريد أن يقول إن ما يهم هو الإرادة الباطنة التى استبانت ، ولو لم يكمل تعبيرها[2] » .

---

(١) ومؤدى هذه القاعدة أنه إذا ثبت أمر من الأمور أو حالة من الحالات ثبوتاً يقينياً قطعياً ثم وقعت الريبة فى وجود مايزيله، يبقى الأمر المتيقن هو المعول عليه حتى يتحقق السبب المزيل . وهى مسلمة من الوجهة المنطقية فلا مراء فى أن اليقين أقوى من الشك وهى مدعومة أيضاً من الوجهة النقلية فقد جاء فى الحديث الشريف أن المتوضىء إذا شك فى انتقاض وضوئه فهو على وضوئه السابق المتيقن ، وتصح به صلاته حتى يتحقق وجود ماينقضه ، ولاعبرة بذلك الشك.

ويتفرع على هذه القاعدة قاعدة « الأصل بقاء ما كان على ما كان » وهذه القاعدة الأخيرة هى أساس قاعدة الاستصحاب فى الفقه الإسلامى ومقتضاها أن الحالة الثابتة فى وقت ما تعتبر مستمرة فى سائر الأوقات حتى يثبت انقطاعها أو تبدلها . (راجع م ٥ من أحكام المجلة العدلية) .

(٢) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ١٤٠ ، هامش ص ٣٩٥ .

هذا ونحن مع موافقتنا على تأسيس الدكتور قلادة المسألة على الإرادة الباطنة لسنا نوافقه على الطريقة التي وصل فيها إلى هذه النتيجة ، ذلك أن المشرع لم يُهْمِل إرادة اختزل تعبيرها بدليل أن الإعلام ما زال عنصراً مقوماً فيها ، وما لم يصل التعبير إلى علم الموجب فى الحالة المفترضة فهو هدر لا يعتد به .

٢٩٠ — (٤) ويلاحظ هنا أن المشرع قد صحح العقود المشوبة بالغلط والتدليس والإكراه فى بعض الظروف . فقد قضى فى المادة ١٢٠ المتعلقة بالغلط بأن المتعاقد مع الغلطان إذا لم يقع هو فى دوره بالغلط، ولم يعلم به ، ولم يكن من السهل عليه أن يتبينه فإن العقد يكون صحيحاً[1] . وفى المادة ١٢٦ المتعلقة بالتدليس قضى بأنه إذا كان المدلَّس عليه لا يعلم بوقوع التدليس ، وكان فى الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم بوقوعه فإن العقد يكون صحيحاً[2] . وفى المادة ١٢٧ المتعلقة بالإكراه قضى بأنه إذا كان المتعاقد مع المكرَه لايعلم بوقوع الإكراه ، وكان فى الوقت ذاته يتعذر عليه أن يعلم بوقوعه فإن العقد يكون صحيحاً[3] .

ونتساءل هنا ما هو الأساس الذى استند إليه المشرع فى تصحيح العقود فى الحالات الثلاثة المتقدمة رغم ما شابها من عيوب ؟ يذهب الدكتور السنهورى إلى أن فكرة الإرادة الظاهرة تصلح أساساً لهذا التصحيح فهو يقول فى تسويغ تصحيح العقد المشوب بالغلط فى الحالة الأولى : « إن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول، فإن هذه الإرادة قد شابها غلط فجعلها فاسدة ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التى اطمأن إليها المتعاقد الآخر واعتمد عليها فى ترتيب

---

(١) جاء فى المادة ١٢٠ : « إذا وقع المتعاقد فى غلط جوهرى جاز له أن يطلب إبطال العقد إن كان المتعاقد الآخر قد وقع مثله فى هذا الغلط ، أو كان على علم به ، أو كان من السهل عليه أن يتبينه » .

(٢) جاء فى المادة ١٢٦ : « إذا صدر التدليس من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المدلس عليه أن يطلب إبطال العقد ، مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أو كان من المفروض حتما أن يعلم بهذا التدليس » .

(٣) جاء فى المادة ١٢٧ : « إذا صدر الإكراه من غير المتعاقدين ، فليس للمتعاقد المكره أن يطلب إبطال العقد مالم يثبت أن المتعاقد الآخر كان يعلم ، أوكان من المفروض عليه أن يعلم بهذا الإكراه » .

شئونه[١] » ويقول فى تسويغ تصحيح العقد المشوب بالتدليس فى الحالة الثانية : « إن العقد يكون صحيحاً لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها التدليس ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التى اعتمد عليها المتعاقد الآخر[٢] » وأخيراً يقول فى تسويغ تصحيح العقد المشوب بالإكراه فى الحالة الثالثة : « إن العقد يكون صحيحاً ، لا على أساس الإرادة الحقيقية للمتعاقد الأول ، فإن هذه الإرادة قد أفسدها الإكراه ، ولكن على أساس إرادته الظاهرة التى اعتمد عليها المتعاقد الآخر[٣] » .

ويرى الدكتور حجازى أن لا علاقة للمواد الثلاث السابقة بمسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، ذلك أن من وقع فى الغلط فى الحالة الأولى « لا يترتب على غلطه أن يكون هناك فرق بين إرادته وبين التعبير عن هذه الإرادة . إن الإرادة التى وقع صاحبها فى الغلط تكون معيبة فى تكوينها ، وهذه الإرادة المعيبة فى تكوينها هى التى حصل التعبير عنها ، وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة . فإذا اعتقد شخص « غلطاً » أن لوحة ما من عمل فنان مشهور ، فعبر عن إرادته بالرغبة فى شراء تلك اللوحة بالذات ، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الحقيقية فى شىء » . وكذا الغلط الناشىء عن التدليس فى الحالة الثانية فإن دوره يقتصر على تعييب الإرادة فى تكوينها ، « وهى نفسها التى حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة » وكذا الإكراه فإن كل ما يترتب عليه « هو أن تكون الإرادة معيبة فى تكوينها ، وأن هذه الإرادة المعيبة فى تكوينها هى نفسها التى حصل التعبير عنها وجاء هذا التعبير مطابقاً لتلك الإرادة[٤] » .

هذا وإذا كانت الأحوال الثلاثة السابقة لا تدل على أن الشارع آثر الإرادة الظاهرة فعلامَ تدل إذن ؟ يجيب الأستاذ عن ذلك بقوله إن « كل ما تدل عليه هذه

---

(١) الوسيط ، جـ ١ ، ص ٨٤
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ف ٧١ ــ ٧٤ ، ص ٦٤ ــ ٦٦ .

النصوص هو أن الشارع لم يسر وراء منطق سلطان الارادة إلى النهاية بل اعتد إلى حد ما بالاستقرار الواجب فى المعاملات[1] » .

ونحن نرى أن الانفصام بين الإرادة الحقيقية والإرادة الظاهرة قائم فى الحالات الثلاثة السابقة ، ذلك أن الإرادة الحقيقية — التى توسطت بينها وبين الإرادة الظاهرة إرادة أخرى معيبة ، مطابقة للإرادة الظاهرة ومغايرة للإرادة الحقيقية[2] — هى نفسها التى تعول عليها نظرية الإرادة . ولئن كان كل من الإرادة الحقيقية والإرادة المعيبة ظاهرة نفسية باطنية ، وكان يطلق على نظرية الإرادة تسمية نظرية الإرادة الباطنة ، فليس يعنى هذا فى نظرنا أن ما تهدف إلى حمايته هذه النظرية هو الإرادة المعيبة ، على اعتبار أنها ظاهرة نفسية، إن ماتهدف إلى حمايته واعتباره مصدراً للالتزام هو تلك الارادة الحقيقية المستكنة فى أعماق النفس والتى تعبر عن الاتجاه الحقيقى لصاحبها لا الإرادة المعيبة التى تشوه هذا الاتجاه وتحرفه عن غايته ، يدل على ذلك ما ذكره الأستاذ نفسه فى تأصيل هذه النظرية فقد جاء فيه : « وتقوم هذه النظرية على أساس مبدأ سلطان الإرادة . فالشخص وفقاً لهذا المبدأ لا يلتزم إلا إذا أراد أن يلتزم وبقدر ما يريد أن يلتزم » .

وإذا ثبت استناد هذه النظرية إلى مبدأ سلطان الإرادة ، فهل يستقيم عندها اعتبار مناط الالتزام لدى المتعاقد ذى الإرادة المعيبة إرادته المعيبة التى لم يرد أن يلتزم بها أم إرادته الحقيقية التى أراد أن يلتزم بها ؟ !

٢٩١ — بعد أن استعرضنا مسألة الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى الفقه الغربى والتقنين المدنى المصرى ، نشرع فيما يلى فى الكلام عن هذه المسألة فى الفقه الإسلامى . وتقدم لنا هذه الدراسة عدة فوائد : فهى أولا تظهر لنا دور الإرادة الظاهرة فى تكوين التصرف فى الفقه الإسلامى . وهى ثانيا تكشف لنا عن حقيقة السند الذى استند إليه المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى إبان تسويغه لأخذه بالإرادة الظاهرة ، إذ يقول : « أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى مؤثراً الإرادة

(١) المرجع السابق ، ف ٧٤ ، ص ٦٦ .

(٢) انظر أبو ستيت . ف ١٤٣ ، ميذيال ، ص ٥٥٢ . وقارن قلادة ، ف ٨٨ ، هامش ص ٢٤٣ ، وريبر ، القاعدة الخلقية ، ف ٤١ .

الظاهرة . وليس شك فى أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار فى نطاق الروابط القانونية ، وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف فضلا عن ذلك سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية إذ هى تعتد بالإرادة الظاهرة اعتداداً بيناً متأثرة فى ذلك بنزعة مادية واضحة[1] . » وتكشف لنا هذه الدراسة أخيراً عن جانب مهم من جوانب النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى التى سبق أن ألمحنا إليها فى مطلع هذه الرسالة . وتضم دراستنا هذه النواحى التالية :

(١) صياغة نظرية الإرادة الظاهرة .

(٢) تقسيم التعبيرات إلى صرائح وكنايات .

(٣) حالات الخلاف بين التعبير والإرادة .

(١) راجع الوسيط ، جـ ١ ، هامش ص١٧٣ . ويؤكد الأستاذ الدكتور السنهورى أخذ الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة فى أكثر من موضع من كتابيه الوسيط ومصادر الحق راجع الوسيط ، جـ ١ ، ص ١٨٠ هامش و ص ١٩٩ هامش وص ٤٧٠ حيث يشير الأستاذ إلى أن « الشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد » وراجع أيضاً مصادر الحق ، جـ ١ ، ص ٨٥ وما ب و جـ ٦ ، ص ٢٩ وص ٣٣

الفصل الأول

صياغة نظرية الإرادة الظاهرة

٢٩٢ — سبق أن أشرنا عند تفسيرنا لضرورة إظهار الإرادة فى الفقه الإسلامى على ضوء القواعد الأصولية إلى أن قواعد العلة تقدم لنا سنداً صالحاً لهذا التفسير على اعتبار أن الصيغة التصرفية لا تخرج عن كونها علة . ولقد رأينا أن « التعبير » عن الإرادة ليس سوى « المظنة » . وهى فى عرف الأصوليين « الوصف الظاهر المنضبط الذى بنى الحكم عليه وربط به وجوداً وعدماً » ، وأن « الإرادة » ليست سوى « المئنة » وهى « الأمر الذى لأجله جعل الوصف الظاهر علة » . ونحن إذا تأملنا التعريف الأول ، وما يقتضيه من إناطة الحكم بالتعبير إناطة لا تقبل الدليل العكسى ، نجد أن هذا التحليل الأصولى يقدم لنا — دون شك — أساساً صالحاً لتسويغ نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى ، وما تقتضيه من اعتداد بالتعبير ، اعتداداً لا يقبل الدليل العكسى . فلنحاول إذن أن نتعرف على قواعد المظنة ومسوغات الاعتداد بها . ذلك أن هذه المسوغات ، وتلك القواعد ، هى هى قواعد الإرادة الظاهرة ، ومسوغات الأخذ بها ، مادامت هذه الإرادة الظاهرة ضرباً من ضروب العلة كما مر .

المبحث الأول

قواعد المظنة

٢٩٣ — تتلخص قواعد العلة فى نظرنا فى أمرين : (١) إن المظنة هى بديل المِئنّة . (٢) إن المظنة هى وحدها مناط الحكم الشرعى . ونتكلم فيما يلى فى هاتين القاعدتين ، ثم نبحث تطبيقهما فى إطار الصيغة التصرفية .

الفرع الأول

قاعدتا المظنة بوجه عام

٢٩٤ — (١) **المظنة هى بديل المئنة:** يعرض الأصوليون عادة لبحث العلة بوجه عام باعتبارها مصدراً لحكم شرعى وسواء أكان هذا الحكم متولداً عن تصرف قانونى

أو واقعة قانونية ، ويؤكدون بجلاء أن هذه المظنة هي بديل المئنّة وقائمة مقامها . فقد جاء في كتاب أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف « ولو كانت الحكمة في جميع الأحكام ظاهرة مضبوطة ، لكانت هي علل الأحكام ، لأنها هي الباعث على تشريعها ، ولكن لعدم ظهورها في بعض الأحكام ، وعدم انضباطها في بعضها ، **أقيمت مقامها أوصاف ظاهرة** مضبوطة ملائمة مناسبة لها . وماساغ اعتبار هذه الأوصاف عللاً للأحكام ، ولا أقيمت مقامها إلا لأنها مظنة لهذا الحكم[1] » .

وجاء في الموافقات للشاطبي : « إن الله عز وجل جعل المسببات في العادة تجرى على وزان الأسباب في الاستقامة أو الاعوجاج : فإذا كان السبب تاماً ، والتسبب على ما ينبغي ، كان المسبب كذلك وبالضد ..

فمن التفت إلى المسببات من حيث كانت علامة على الأسباب في الصحة أو الفساد لامن جهة أخرى ، فقد حصل على قانون عظيم ، يضبط به جريان الأسباب على وزان ما شرع ، أو على خلاف ذلك . ومن هنا جعلت الأعمال الظاهرة في الشرع دليلاً على ما في الباطن ، فإن كان الظاهر منخرماً حكم على الباطن كذلك ، أو مستقيما حكم على الباطن كذلك أيضاً . وهو أصل عام في الفقه وسائر الأحكام العاديات والتجريبيات بل الالتفات إليها من هذا الوجه نافع في جملة الشريعة جداً والأدلة على صحته كثيرة » .

ثم ينتقل الشاطبي إلى بيان الأدلة التي يثبت فيها قيام المسببات (الظاهرة) مقام الأسباب (الباطنة) ، وإناطة الحكم بالأولى دون الثانية ، فيقول : « وكفى بذلك عمدة ، أنه الحاكم بإيمان المؤمن ، وكفر الكافر ، وطاعة المطيع ، وعصيان العاصي ، وعدالة العدل ، وجرحة المجروح ، وبذلك تنعقد العقود وترتبط المواثيق . إلى غير ذلك من الأمور بل هو كلية التشريع وعمدة التكاليف بالنسبة إلى إقامة حدود الشعائر الإسلامية الخاصة والعامة[2] » .

٢٩٥ — (٢) المظنة هي وحدها مناط الحكم : ليست المظنة في عرف الأصوليين

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٥ .

(٢) الموافقات للشاطبي ، جـ ١ ، ص ٢٣٣ .

مجرد دليل على وجود المئنة ، بل هي دليل قطعي . وتظهر ثمرة ذلك في علاقة الحكم بالمظنة ؛ إن هذه العلاقة هي علاقة ضرورية بمعنى أن الارتباط بين المظنة والحكم هو ارتباط آلي بحيث لا ينفك أحدهما عن الآخر ، فمتى وجدت المظنة مستوفية شروطها انقدح الحكم لا محالة ، ومتى تخلفت ، انعدم الحكم ، ولا عبرة بعدها لوجود المئنة ؛ ذلك أن وجود هذه يفترض بصورة لا تقبل الدليل العكسي عند وجود ما يمثلها وهو المظنة ، وإليك ما قاله أستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف في هذا الصدد : « وعلى هذا فجميع الأحكام الشرعية تبنى على عللها ، أى تربط بها وجوداً وعدماً ، لا على حِكَمِها ، ومعنى هذا أن الحكم الشرعي يوجد حيث توجد علته ، ولو تخلفت حكمته ، وينتفى حيث تنتفى علته ، ولو وجدت حكمته ، لأن الحكمة ، لخفائها في بعض الأحكام ، ولعدم انضباطها في بعضها ، لا يمكن أن تكون أمارة على وجود الحكم أو عدمه ؛ ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بها » .

ويقول أيضاً : « لهذا قرر الأصوليون أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدماً مع عللها لا مع حِكَمِها ، وبعبارة أخرى مناط الحكم الشرعي مظنته لا مِئِنته » .

ويقول أيضاً : « وما دام الحكم الشرعي يبنى على علته ، لا على حكمته . . . فعلى القاضي أن يقضي بالحكم حيث توجد العلة بصرف النظر عن الحكمة[1] . »

٢٩٦ — **مدى هاتين القاعدتين** : سبق أن أشرنا إلى أن المظنة هي دليل على وجود المئنة لا يقبل إثبات العكس ، ونشير هنا إلى أن الأحناف قد انفردوا في التزام هذا الأصل ، واعتبروا تبعاً لذلك عقد المكره مفيداً للملكية بالقبض رغم انتفاء التراضي ، وتوافر الدليل على تخلف الإرادة الباطنة . أما الجمهور فلم يلتزموا هذا الأصل ، بل خرجوا عليه ونبذوا اعتبار المظنة في حالات يتوافر فيها الدليل على انتفاء وجود المئنة كما في بيع المكره حيث اعتبره الجمهور باطلا لثبوت انتفاء الرضاء ؛ والتزموه في حالات أخرى أعملوا فيها المظنة رغم تخلف المئنة . ويقول القرافي في

(١) أصول الفقه للاستاذ عبد الوهاب خلاف ص ٧٢ — ٧٥ .

هذا الصدد : « غير أن هذا المعنى وإن كان هو الأصل قد خولف في مواضع منها التقاء الختانين ، فإنا لو قطعنا بعدم الإنزال وجب الغسل . ومنها قولهم في شارب الخمر ، أنه إذا شرب سكر ، وإذا سكر هذى ، وإذا هذى افترى ، فيكون عليه حد القذف؛ فأقيم الشرب الذى هو مظنة القذف مقامه ، ونحن مع ذلك نقيم الحد على من نقطع أنه لم يقذف حتى أن الشيخ عز الدين بن عبد السلام رحمه الله تعالى كان يقول : كيف تقام المظنة مقام القذف ونحن نقطع بعدم القذف في بعض الناس ؟ لكن يمكن أن يجاب عن الأثر بما شهد له من الاعتبار من التقاء الختانين ، فإنه ورد فيه الحديث النبوى مع أنا قد نقطع فيه بعدم المظنون عند وجود مظنته في بعض الصور[1] » .

الفرع الثانى

تطبيق قاعدتى المظنة على الصيغة التصرفية

٢٩٧ — نستطيع أن نطبق بيسر قاعدتى المظنة ، اللتين سلف أن أوضحناهما ، على التعبير التصرفى ، ونصل عندها إلى صياغة القاعدتين الآتيتين في نطاق التصرف القانونى وهما :

(١) إن التعبير (المظنة) هو بديل الإرادة (المئنة) ، وهو مناط الأحكام .

(٢) إن التعبير (المظنة) هو دليل قطعى على وجود الإرادة (المئنة) .

ونشرع هنا في إيضاح هاتين القاعدتين :

٢٩٨ — *التعبير هو بديل الإرادة* : سبق أن رأينا عند بحثنا لضرورة الإظهار أن التعبير عن الإرادة ليس مجرد دليل على وجود الإرادة الباطنة ، وأن للتعبير قيمة خاصة[2] . وتقدم لنا هنا قواعد العلة دليلا جديداً على خصوصية هذه القيمة . وعلى ضوء هذه القواعد نستطيع أن نقرر أن التعبير هو في الأصل بديل الإرادة في الفقه

---

(١) الفروق للقرافى ، جـ ٢ ، ص ١٧٧ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ٥١ ، ص ٤٩ .

الإسلامي[1] . وندعم رأينا هذا بما ننقله من نصوص فقهية :

جاء في الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير : « قال بعض المحققين : ولما كان البيع وغيره من المعاملات بين العباد ، أموراً مبنية على فعل قلبي ، وهو طيبة النفس ورضا القلب ، وكان ذلك أمراً خفياً، **أقام الشرع القول المعبر عما في النفس مقامة وناط به الاحكام** ، على ما اعتيد من إقامة الأمور الظاهرة المنضبطة مقام الحِكَم الخفية في تعليق الأحكام بها[2] » .

وجاء في الفروق للقرافي : « وإن كان الوصف خفياً أو غير منضبط ، أقيمت مظنته مقامه وأما الخفي الذي لا يطلع عليه ، فكالرضا في انتقال الأملاك ، لقوله صلى الله عليه وسلم : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه » . فإن الرضا ، لما كان أمراً خفياً ، **جعلت الصيغ والافعال في بيع المعاطاة قائمة مقامه** لأنه يظن عندها ، وألغى الرضا إذا انفرد عنها[3] » .

وجاء في البدائع : « وإضافة الأحكام إلى الأسباب الظاهرة أصل في الشريعة[4] » .

وجاء أيضاً : « ومهما أمكن العمل بظاهر اللفظ من غير تغيير كان أولى[5] » .

وأخيراً جاءت المجلة بهذا الحكم العام الذي يلخص ماسبق : « دليل الشيء في الأمور الباطنة يقوم مقامه[6] » .

٢٩٩ — التعبير هو دليل قطعي على وجود الإرادة : سبق أن رأينا أن الأحناف يرون أن المظنة هي قرينة قاطعة على وجود المئنة ، وأن الجمهور يرون عكس ذلك . ونشير هنا أن مؤدى هذه النتيجة في مجال التصرف القانوني أن يكون الأصل

---

(١) ولئن صح فيما يفضي إليه التفسير الانباتي لضرورة الإظهار قول الأخطل :

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان على الفؤاد دليلا

فإن النظرة المتفحصة في جذور الصيغة التصرفية في قواعد العلة تدعونا إلى القول :

إن الكلام لفي الفؤاد وإنما جعل اللسان عن الفؤاد بديلا

(٢) أشير إليه سابقاً ، ف ٦٦ ، ص ٥٨ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) البدائع ، ج ٧ ، ص ٢٧٧ ، س ١٠ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٢١١ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية م ٦٨ .

لدى الأحناف هو اعتبار الإرادة الظاهرة قرينة لا تقبل الدليل العكسى ، وأن يكون الأصل لدى الجمهور هو اعتبار الإرادة الظاهرة قرينة تقبل الدليل العكسى ، ومؤدى ذلك كما هو ظاهر أن يكون الأصل لدى الأحناف الأخذ بالإرادة الظاهرة ، وأن يكون الأصل لدى الجمهور الأخذ بالإرادة الباطنة . ونتساءل هنا ما هو مدى صحة هذه النتائج التى تفضى إليها تلك المقدمات الأصولية ؟ نستطيع أن نقرر ، بادىء ذى بدء، أن هذه النتائج هى نظرية بحتة ، وهى ليست صحيحة على إطلاقها ، وليس يشفع لصحتها الخلاف القائم بين الأحناف والجمهور فى حكم عقد المكره الذى يستند إليه الأصوليون لدعم هاتين النتيجتين ، ذلك أن المسألة ليست هى على هذا القدر من البساطة . وسيتسنى لنا بيان حقيقة ذلك بصورة خاصة عند بحثنا للنظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة . ونقتصر هنا على بيان الخلاف بين الأحناف والجمهور فى عقد المكره كما صوره الأصوليون كى يتسنى لنا بعد ذلك إدراك الفارق بين ما قرروه هنا وما سننتهى إليه فى أبحاثنا القادمة .

جاء فى أصول الفقه للخضرى : « لا عبرة بالمظنة مع العلم بانتفاء المئنة وخالف فى ذلك أبو حنيفة فقال . . . إن العقد لما جعله الشارع مظنة ، فقد جعله مناطاً للحكم من غير اعتبار للتخلف فى بعض الأحيان . وقد رأى الجمهور أن هذا إفراط فى اعتبار المظنات . . .

ومما يشبه هذا الحكم ما قاله الحنفية من انعقاد بيع المكره فإن العلة الحقيقية فى مبادلة الملكية هى رضاء المتعاقدين ، وقد جعل العقد الصحيح مظنة له ، ووجود الإكراه دليل على انتفاء المئنة . ولكن الحنفية اعتبروا المظنة ، وجعلوا عقد المكره مفيداً للملك بالقبض كبقية البيوع الفاسدة[1] ، والجمهور يقولون هذا البيع لا يصلح

(١) إننا نعتقد أن الفارق بين الأحناف والجمهور فى صدد عقد المكره ليس بالفارق الكبير ، كما يحاول الأصوليون أن يظهروه . ذلك أن عقد المكره لا ينقل الملكية بالقبض ، كما يشير إلى ذلك صراحة الخضرى ، فهو « باعتباره تصرفاً شرعياً لا ينتج أثراً ، ولكن الذى نقل الملكية إلى المشترى هو البيع الفاسد المقترن بالقبض باذن البائع باعتبارهما معاً واقعة مادية . . ولو كان البيع الفاسد هو الذى نقل الملكية إلى المشترى باعتباره تصرفاً شرعياً ، لنقلها بالثمن المسمى فيه ، ولكنه نقلها بالقيمة أو بالمثل . فهذا دليل على أنه نقلها ، لا باعتباره تصرفاً شرعياً ، بل باعتباره واقعة مادية رتب عليها الشرع هذا الأثر الخاص حماية لحق الغير (راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٨٦ وانظر أيضاً النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ، ف ١٧٠ و ف ١٧٢) » .

علة لتبادل الملك ، لفقدان العلة الحقيقية ، فلاتأثير له . والنتيجة أن التحقق من انتفاء ما جعلت العلة مظنة له يخرم مناسبتها ، فلا يجعلها صالحة للتعليل ولا لربط الحكم الشرعى بها ، لأنها لم تكن مناسبة إلا باعتبار كونها مظنة للمناسب الحقيقى ، فإذا انتفى كونها مظنة قطعاً فى نوع من الأنواع انتفى كونها مناسباً[1] » .

وجاء فى كتاب أصول الفقه لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف : « قدمنا أن العلل الظاهرة المنضبطة إنما تبنى الأحكام عليها على أساس أنها مظان لحكمها ، وأن المظنة أقيمت مقام المئنة .

ولكن إذا قام الدليل على نفى أن يكون هذا الظاهر المنضبط مظنة لحكمة الحكم فقد دل على أنه فقد أساس العلّية ، ولم يبق علة ، فالإكراه على البيع نفى أن تكون الصيغة مظنة التراضى الذى هو دليل الحاجة ، فالصيغة من المكره ليست علة ، والزوجية التى ثبت فيها أن الزوجين لم يلتقيا من حين العقد لم تبق مظنة ، لأن الزوجة حملت من زوجها ، فليست علة لثبوت النسب[2] » .

وقال أيضاً فى كتابه مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه :

« ولا يصح التعليل بأوصاف مناسبة بأصلها ولكن طرأ عليها فى بعض الجزئيات ما ذهب بمناسبتها ، وجعلها قطعاً غير مظنة لحكمة التشريع . فصيغة البيع من المكره لا تصلح علة لنقل الملكية ، وزوجية من ثبت عدم تلاقيهما ، من حين العقد ، لا تصلح علة لثبوت النسب[3] » .

وقال أيضاً : « وأما حيث تكون العلة غير مفضية إلى المقصود منها قطعاً ، فلا خلاف فى أنها تنخرم مناسبتها ، ولا تكون علة للحكم ؛ ولهذا لا يثبت النسب بزواج مشرقى بمغربية ، ثبت عدم تلاقيهما من حين زواجهما . ولا يثبت الملك فى البدلين ببيع المكره ، لأنه ما دام قد ثبت عدم تلاقى الزوجين ، انتفى أن يكون زواجهما مظنة للإتصال الجنسى ، وما دام البيع بالإكراه ، انتفى أن تكون الصيغة

---

(١) أصول الفقه للخضرى ، ص ٣٧٩ — ٣٨٠ .

(٢) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٥ .

(٣) مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٤٤ .

مظنة التراضى ، وإذا انتفى كون الوصف مظنة للمئنة ، لم يصلح أن يكون علة .

والحنفية القائلون بثبوت النسب فى زواج المشرقى بالمغربية ، قالوا أنه لم ينتف قطعاً كون هذا الزواج مظنة ، لاحتمال أن يكون أحد الزوجين من أهل الخطوة ؛ وهذا مبنى على الاعتقاد فى كرامات الأولياء ، وما كان ينبغى أن يبنى على هذا تشريع عمل قضائى[1] » .

المبحث الثانى

مسوغات الاعتداد بالمظنة

٣٠٠ — نبحث فيما يلى السبب الذى حدا بالفقهاء إلى : (١) إيثار المظنة على المئنة . (٢) إيثار الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة .

٣٠١ — **(١) إيثار المظنة على المئنة** : إن الأسباب التى حدت بالفقهاء إلى تحولهم من المئنة إلى المظنة رغم اعترافهم بأن الأولى هى العلة على الحقيقة[2] يمكن ردها إلى سبب داخلى فى العلة ذاتها وهو خفاء الحكمة واضطرابها ، وسبب خارجى عنها وهو نزوع الفقه الإسلامى نحو استقرار التعامل واطراد الأحكام .

٣٠٢ — **(أ) خفاء الحكمة واضطرابها** : ونشير هنا إلى أن تعليل التعويل على المظنة باضطراب الحكمة وخفائها هو مقصور على الرأى المقتصد فى عزوفه عن المئنة ذلك أن هذا الرأى يتوسط رأيين آخرين :

رأى يمعن فى عزوفه عن الحكمة ، وينيط الحكم بالمظنة دونها ، حتى ولو زال اضطرابها ، ويسمى هؤلاء بالمانعين من التعليل بالحكمة مطلقاً ، وفى اتجاههم تتجلى النزعة الموضوعية البحتة .

ورأى آخر يمعن فى ثقته بالحكمة ، ولا يجد حرجاً فى إناطة الحكم بها ، مضطربة كانت أو غير مضطربة ، ويسمى أصحابه بالمجوزين مطلقاً وفى اتجاههم تتجلى النزعة الذاتية البحتة .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٥١ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٧٢ ، ص ٦١ — ٦٢

إن هذا الرأى الأخير — وهوالرأى الأضعف — ينسجم فى نظرته إلى التمييز ، مع الصدارة التى أعطاها للإرادة الباطنة . وهو يظل فى هذه النظرة ، أميناً على نقطة انطلاق الأصوليين ، التى ذهبوا فيها إلى أن الحكمة هى متبوع لا تابع ، ولنتابع فيما يلى ، الدليل الذى أتى به أصحابه مع الرد عليه ، كما عرضه الأستاذ مصطفى الشلبى فى كتابه تعليل الأحكام :

« استدل المجوز مطلقاً : بأنه وقع الاتفاق على جواز التعليل بالمظنات ، لا لذاتها ، بل لأجل تلك الحكم ، فإذا جاز التعليل بالتابع ، جاز التعليل بالمتبوع ، بل كان أولى .

والجواب : أنه لا نزاع فى أن الوصف تابع ، ولكن السبب فى إناطة الحكم بالأوصاف الظاهرة تبعاً للحكمة ، هو اضطراب الحكمة أو خفاؤها ، وما دام هذا المانع موجوداً ، امتنع التعليل بها ، ولو كان مجرد التبعية مجوزاً ، كما يدعى هذا المستدل ، لما كان هناك حاجة إلى إناطة الحكم بالوصف الظاهر ، وهو غير المتفق عليه[1] » .

وهكذا نرى أن خفاء الحكمة واضطرابها هو الذى جعل الأصوليين يزورّون عنها ، رغم إقرارهم بصدارتها . وهم يرون ، أن كون الحكمة متبوعة لا يشفع لها فى هجرها ، ما دامت خفية ، وكون المظنة تابعة لا يضير فى الحرص عليها ، ما دامت ظاهرة جلية .

٣٠٣ — (ب) استقرار التعامل : لقد أبان عن هذا السبب الأستاذ عبدالوهاب خلاف بقوله :

« ولا يستقيم ميزان التكليف والتعامل إذا ربطت الأحكام بـ[الحكمة] . . فالشارع الحكيم لما اعتبر لكل حكم علة ، هى أمر ظاهر منضبط ، بظن تحقق الحكمة بربط الحكم به ، جعل مناط الأحكام عللها ، ليستقيم التكليف ، وتتسق

---

(١) تعليل الأحكام للأستاذ مصطفى الشلبى ، ص ١٣٩ .

أحكام المعاملات ، ويعرف ما يترتب على الأسباب من مسببات . وتخلف الحكمة فى بعض الجزئيات ، لا أثر له بإزاء استقامة التكاليف ، واطراد الأحكام ، ولهذا قرر الأصوليون ، أن الأحكام الشرعية تدور وجوداً وعدماً مع عللها ، لامع حِكَمِها ، وبعبارة أخرى ، إن مناط الحكم الشرعى مظنته لا مئنته[1] » .

٣٠٤ — (ح) **اطراد الأحكام** : تعرض الأستاذ الشلبي لاستقصاء هذا السبب ، بعد أن تساءل عن سر النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى ، ثم انتهى إلى القول ، بأن هذه النزعة هى وليدة صناعة فقهية دخيلة على الفقه ، أوجدها أصحاب التخريج ليضبطوا بها الفروع المنثورة بأقيسة عامة ، وأن إغراق هؤلاء فى هذه الموضوعية ، هو الذى انتهى إلى تجاهل نزعة الفقه الإسلامى الأصيلة ، التى نجدها فى القرآن والسنة وأقوال الصحابة ، الذين كانوا يفسحون مجالا للنزعة الذاتية ، عن طريق تعليلهم بالمصالح .

جاء فى تعليل الأحكام :

« يظهر للمتتبع لكلام الأصوليين فى بحث العلة ، إتفاقهم على جواز التعليل بالأوصاف الظاهرة . . . وهنا أسائل نفسى عن سر هــذا الاتفاق ، وما منشؤه ؟ أله سبب ، أم جاء وليد الصدفة ؟ والجواب عن هذا يحتاج إلى بحث شيء آخر هو : هل هذه الأوصاف التى اتفقوا على التعليل بها ، علل بذاتها ، أو باعتبار شيء آخر وراءها ، كان من أجله ذلك الوصف علة » .

وبعد أن يقرر أن هذه الأوصاف ليست عللا بذاتها ، وأنها علل باعتبار شيء آخر وراءها ، وهو الحكمة ؛ يقول « وإذا ضممنا إلى ذلك ، أن خلاف هــؤلاء الأصوليين فى التعليل جاء بعد اختلافهم فى تعليل أقوال الله وأحكامه ، وأن كل واحد متأثر بمذهبه هناك .

وأن المانعين اضطروا إلى القول بالعلة هنا لأجل القياس ، واصطلحوا على معنى العلة وهو الوصف الظاهر .

---

(١) أصول الفقه للأستاذ عبد الوهاب خلاف ، ص ٧٦ .

وأن المجوزين انتقلوا بالتعليل إلى ذلك المعنى ، مجـاراة لمخالفيهم ليتحد موضع الـكلام عند الجميع .

وأن هؤلاء جميعاً لم يكونوا مجتهدين فى استنباطهم للعلل بل كان عملهم محصوراً فى الوقوف على تعليلات أئمتهم للفروع التى نقلت إليهم ، لما قامت المناظرات بينهم ، ليضبطوا تلك الفروع بأقيسة عامة شاملة ، وعلل ظاهرة غير مضطربة ، ليسيروا عليها فى التخريج محافظين على المذهب وما فيه .

إذا عرفنا ذلك ، أدركنا فى سهولة سر هذا الإتفاق ، وأنه لم يكن وليد الصدفة .

وكثيراً ماوجدنا الفقهاء المقلدين يعللون بالوصف الظاهر دون الحـكمة والمصلحة مع اعترافهم بأنها العلة على الحقيقة فراراً من نقض يرد عليها بفرع من فروع المذهب .

ولقد صرح إمام الحرمين فى برهانه فى غير موضع ، بأن الأصوليين أرادوا ضبط التعليل بضوابط حتى لا تترك لاصطلاح كل واحد ، فيقع الخلط فى الاجتهاد ، بعد أن قرر أن الصحابة رضوان الله عليهم كانوا يعللون بالمصالح ويتبعونها فى اجتهادهم ولـكنهم لم يضبطوا هذه المسالك ، وأن الرواة لم يضبطوها كذلك[1] » .

وبعد أن يأتى الأستاذ الشلبي بعدة أمثلة ، من القرآن والسنة وأقوال الصحابة والأئمة ، كان التعليل فيها بالحـكمة لا بالمظنة ، ينتهى إلى هذه النتيجة فيقول :

« والذى يظهر لى — والله أعلم — أن منع هؤلاء التعليل بالحـكمة ، لم يكن لأنه لم يرد فى الشرع ، أو أن الأئمة لم يعللوا بها ، بل ذلك فى المناظرة فقط ، بعد أن عرفنا أن هذا العلم جاء وليد المناظرات بين أتباع الأئمة ، فحاولوا ضبط المذاهب وأقيستها بعلل شاملة ظاهرة ليست على غرار تعليلات الأئمة[2] » .

وهكذا تنتهى الصناعة الفقهية بالفقهاء ، إلى تغليب النزعة الموضوعية على النزعة الذاتية : هذا التغليب ، الذى كان من آثاره فى النطاق التعاقدى ، كما سنرى ، تغليب

---

(١) تعليل الأحكام ، ص ١٣٠ — ١٣٥

(٢) نفس المصدر ، ص ١٤٨ .

الإرادة الظاهرة (المظنة) ، على الإرادة الباطنة (الحكمة) ، واعتبار الأولى أصلا دون الثانية ، فتبرز الأولى على مسرح العلاقات الشرعية ، وتناط بها الأحكام ، وتظل الثانية تعمل من وراء ستار ، كمنصر رئيسى فى واقع الأمر ، ثانوى فى واقع الصناعة الفقهية(١) .

٣٠٥ – (٢) إيثار الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة : رأينافيما سبق العوامل البعيدة التى دعت الفقه الإسلامى إلى الوقوف عند الظاهر الملموس بوجه عام ونشير هنا إلى أن هـذه العوامل — ولا سيما عامل استقرار التعامل وما ينطوى عليه من نزوع نحو البعد عن مواطن النزاع — كانت ذات أثر واضح فى الاعتماد على الظاهر فى مجال الصيغة التصرفية(٢) .

على أن ثمة سبباً خاصاً قـد دعا الفقهاء إلى التعويل على الظاهر فى مجال الصيغة يتعين علينا أن نشير إليه هنا : إنه التباين الواضح بين الدعوة الرضائية التقدمية التى أرسى القرآن الكريم قاعدتها الذهبية فى الآية الكريمة : « إلاَّ أن تكون تجارة عن تراض » والتى نادى بها الرسول الأعظم فى محكم كلامه : « لا يحل مال امرىء مسلم إلا بطيب نفس منه » ، وبين ما تواضع القوم عليه آنذاك من ركون إلى الملموس والظاهر فى بيوع الملامسة والمنابذة ورمى الحصاة . ولئن كانت الطفرة فى حياة الشعوب عسيرة الوقوع ، وكانت الشعوب الأخرى فى ذاك العصر ترسف فى قيود الشكلية ، فلقد كان لا معدى لهذه الدعوة القرآنية الجديدة من أن تتأقلم بالبيئة التى عاشت فيها ، وأن تتلون بالعقلية التى تلقتها وتمثلتها . ولقد كان من ثمرات هذا المنطق ، وذاك التأقلم أن أحاط الفقهاء مبدأ الرضائية الذى يبشر به الدين الجديد بقيود تظهر فى صورة إيثار اللفظ حيناً ، وفى صورة الاعتداد بالإرادة الظاهرة حيناً آخر ! . . .

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٧٢ ، ص ٦١ — ٦٢ .

(٢) ونستطيع أن نقول هنا أن ورع الفقهاء المسلمين وابتعادهم عن تولى مناصب القضاء ، بل نفورهم منه ، هو الذى دعاهم إلى إيجاد ضوابط فقهية تيسر التعرف على العوامل الذاتية من المظاهر الموضوعية ، وهذا المسلك فى نظرنا ذو فائدة مزدوجة : فهو يمكن الأفراد من إدراك وجه الحل والحرمة بسهولة ، ويخفف من عدد القضايا المرفوعة إلى القضاء .

الفصل الثانى

الصرائح والكنايات

٣٠٦ — إن تقسيم التعبيرات إلى صرائح وكنايات هو تقسيم أساسى فى الفقه الإسلامى ، وهو يهيمن فيه على كل تنظيمه للتعبير عن الإرادة بحيث إن طبيعة التعبير بحسب ما إذا كان صريحاً أو كناية تتدخل فى حل كل مسألة وتصبح فيها اعتباراً رئيسياً . ولئن مر معنا أن تقسيم التعبيرات إلى ملقاة ومتلقاة هـو التقسيم البارز فى القانون الألمانى ، فنحن نستطيع أن نقول إن التقسيم البارز فى الفقه الاسلامى هـو تقسيم التعبيرات إلى صرائح وكنايات . ويلاحظ هنا أن التقسيم الأول يحل مشكلة الركن المادى للتعبير . أما التقسيم الثانى فهو يتناول فى الدرجة الأولى أمر العلاقة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة . وهو يعول كما سنرى على الإرادة الظاهرة فى الصرائح ، وعلى الإرادة الباطنة فى الكنايات .

المبحث الأول

الصرائح

٣٠٧ — يعتد الفقه الإسلامى فى التعبيرات اللفظية بالإرادة الظاهرة إذا كانت واضحة . وتكون الإرادة واضحة إذا كان التعبير اللفظى صريحاً ونتكلم فيما يلى فى مفهوم التعبير الصريح ، ثم نعرض لصورة له فى المتمحضات للحال أو الاستقبال .

الفرع الأول

مفهوم التعبير الصريح

٣٠٨ — **تعريفه :** جاء فى المنار : «الصريح ما ظهر المراد به ظهوراً بيناً ، حقيقة

(٢٠ — التعبير عن الإرادة)

كان أو مجازاً ، كقوله : أنت حر وأنتِ طالق[1] » .

وفى كشف الأسرار : « الصريح اسم لما فهم معناه منه بنفسه[2] » .

وفى الأشباه والنظائر : « الصريح اللفظ الموضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق[3] » .

وفى رد المحتار : « الصريح عند علماء الأصول ما انكشف المراد منه فى نفسه ، فيتناول الحقيقة غير المهجورة ، والمجاز المتعارف . فالأول : كأعرتك والثانى : كأطعمتك أرضى[4] » .

وفى شرح الكنز : « الصريح ما ظهر المراد منه ظهوراً بيناً حتى صار مكشوف المراد بحيث يسبق إلى فهم السامع بمجرد السماع ، حقيقة كان أو مجازاً[5] » .

وفى البدائع : «الصريح اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع[6]» .

وعرفه الأستاذ أبو سنة : « الصريح ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال[7] »[8] .

٣٠٩ — خصائصه : نستطيع أن نستخلص من التعريفات السابقة خصائص أربعة للتعبير الصريح :

---

(١) المنار لابن ملك ، ص ١٦٤ — ١٦٥ .

(٢) كشف الأسرار ، ج ١ ، ص ٦٧ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٣٣٩ ، س ١٦ .

(٤) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٥٢٥ .

(٥) تبيين الحقائق ، ج ٢ ، ص ١٩٧ ، س ١٢ .

(٦) البدائع ، ج ٤ ، ص ٤٦ ، س ٧ .

(٧) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنه ، ص ١٤٨ .

(٨) ويلاحظ هنا أن الصريح الذى يقابل الكناية ، ليس هو نفس الصريح الذى يقابل الدلالة فقد يكون التعبير صريحاً ، ودلالة فى آن واحد ، كما هو الحال فى ركوب الدابة ، فى حال خيار العيب ، بعد اطلاعه على العيب . فهذا الركوب ، كما سنرى ، هو إجازة ضمنية ، لأن المظهر الذى اتخذه صاحب التعبير ليس مظهراً موضوعاً فى ذاته للكشف عن هذه الإرادة حسب المألوف من الناس . وهو فى نفس الوقت صريح لا كناية لأن حكمه الشرعى يثبت بلا نية .

(١) إن الصريح يشمل الحقيقة والمجاز ، كما جاء فى تعريف المنار ، وهو فى هذه الخاصة يشترك مع الكناية .

(٢) إن ألفاظ الصريح ذات قدرة ذاتية تستطيع بواسطتها أن تنير المعنى المقصود الذى تنطوى عليه . وهذه الخاصة ينفرد فيها الصريح ويمتاز بها عن الكناية ، التى تعجز ألفاظها عن إنارة المعنى الذى تنطوى عليه ، وتفتقر إلى كاشف خارجى لهذا المعنى ، يستمده السامع من قرينة مصاحبة أو بيان لاحق . وتستفاد هذه الخاصة من تعريف كشف الأسرار الذى جاء فيه أن الصريح « ما فهم معناه منه بنفسه » ومن تعريف رد المحتار الذى جاء فيه أن الصريح « ما انكشف المراد منه فى نفسه » .

(٣) إن اللفظ الصريح ذو معنى وحيد منحصر . وهو كما جاء فى أشباه السيوطى « موضوع لمعنى لا يفهم منه غيره عند الإطلاق »

(٤) إن المرجع فى تحديد معنى التعبير الصريح هو السامع ، وقد أشار صاحب البدائع إلى ذلك بقوله الصريح « اسم لما هو ظاهر المعنى مكشوف المراد عند السامع » أو هو بعبارة أخرى المجتمع ، كما يفيد تعريف الأستاذ أبى سنه الذى عرّفه بقوله « الصريح ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال » .

أمّا المرجع فى تحديد معنى التعبير الكنائى فهو المتكلم لا السامع . إن صاحب التعبير فى هذا الضرب من التعبيرات هو الذى يحدد المعنى الذى قصد إليه . وبعبارة أخرى نستطيع أن نقول إن التعبير الصريح هو ذو طابع موضوعى اجتماعى ، لا شأن لصاحبه فى تحديد مضمونه . أما التعبير الكنائى فهو ذو طابع ذاتى فردى مرن ، لصاحبه الدور الأول فى تحديد هذا المضمون .

٣١٠ — **دور العرف فى صراحة الصيغ** : «إن لوجود العرف وغلبة الاستعمال وعدمه الأثر فى صراحة الصيغ وكنايتها ، فقد يغلب على الألسنة استعمال صيغة من الصيغ فى مراد خاص ، فيتبادر منها فتصير صريحاً لا يفتقر إلى نية وقرينة ، كما فى

الحقيقة العرفية منقولة أو مرتجلة ، والحقيقة اللغوية التي أقرها العرف ، والمشترك الذي جرى العرف باستعماله في أحد معانيه ، والمجاز المتعارف .

وقد يحتمل اللفظ معاني ، ولا يغلب استعماله في أحدها ، فيستتر المراد منه ، فيكون كناية ولا يترتب عليه أثره إلا مع نية ، أو قرينة حالية أو مقالية ، كما في المشترك ، والمجاز غير المتعارفين إذا خفيت قرينتهما .

قال في إعلام الموقعين : « وعلى هذه القاعدة ، أي اعتبار العوائد ، تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات ، فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية » .

وقال في فتح القدير من آخر الإيلاء : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة » .

ورأينا محمد بن الحسن يقول في قول الرجل كل حل علي حرام ، يقع به الطلاق إن نواه . ثم أفتى مشايخ بلخ بأنه يقع به الطلاق بلا نية ، لغلبة الاستعمال ، فصارت الكناية صريحاً بالعرف[1] » .

٣١١ — *صفته المميزة* : إن الصفة المميزة للتعبير الصريح هي استقلال عنصره المادي في توليد الأثر الشرعي دون العنصر المعنوي . إن أثر التصرف الذي يتم عن طريق التعبير الصريح يتصل باللفظ دون النية . ويقرر الأصوليون هذه الحقيقة بجلاء عند ما يشيرون إلى حكم الصريح ، فهم يقولون « إن الحكم الشرعي يتعلق بنفس

---

(١) العرف والعادة في رأي الفقهاء للأستاذ أحمد فهمي أبوسنة ، ص ١٤٨

هذا وقد أشار قانون الأحوال الشخصية السوري الصادر عام ١٩٥٣ إلى دور العرف في التعبيرات الصريحة . فقد نصت المادة ٩٣ منه على أن الطلاق « يقع بالألفاظ الصريحة فيه عرفاً دون حاجة إلى نية . ويقع بالألفاظ الكناية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية » .

ونصت المادة ٦ منه على أن : « الإيجاب والقبول في الزواج يكون بالألفاظ التي تفيد معناه لغة أو عرفاً » .

الـكلام ، أراده أو لم يرده » . أو أن حكم الصريح « تعلق الحـكم بعين الـكلام ، وقيامه مقام معناه ، حتى استغنى عن العزيمة » .

جاء فى التلويح على التوضيح : « فالصريح لا يحتاج إلى النية ، يعنى **أن الحكم الشرعى يتعلق بنفس الكلام ، أراده أو لم يرده** ، حتى لو أراد أن يقول « سبحان الله » فجرى على لسانه « أنت طالق » أو « أنت حر » يقع الطلاق أو العتاق نعم لو أراد فى «أنت طالق» رفع حقيقة القيد ، يصدق ديانة لا قضاء .

والـكناية تحتاج إلى النية ، أو ما يقوم مقامها من دلالة الحال ، ليزول ما فيها من استتار المراد والتردد فيه[1] » .

ويلاحظ أن الأمثلة التى أتى بها صاحب التلويح تتصل بالطلاق والعتاق وهى من التصرفات التى لا يشترط فيها الرضا من حيث المبدأ . أفتقتصر خاصة التعبير الصريح المذكورة على هـذه التصرفات أم أنها تشمل التصرفات الأخرى التى يشترط فيها الرضا ؟

الواقع أن هذه الخاصة لا تقتصر على التصرفات الأولى بل تشمل الأخيرة ولقد أشار شارح المنار إلى هذا الشمول عند ما أتى بمثال عن التعبير الصريح فى عقد البيع . جاء فى المنار :

« وحكمه تعلق الحـكم بعين الـكلام ، وقيامه مقام معناه ، حتى استغنى عن العزيمة » . وجاء فى شرح المنار لابن ملك :

«المراد منه يعنى لغاية وضوحه وظهوره ، جعل كأنه نفس معناه الحاصل فى الذهن وليس فيه توسط اللفظ ، حتى يحتمل شيئاً آخر — حتى استغنى عن النية ، **ولاينظر الى أن المتكلم أراد ذلك المعنى أو لم يرد** كقولك بعت واشتريت . فإن المقصود حاصل بهما ، نوى أو لم ينو كالطلاق والعتاق[2] » .

٣١٢ — بعد أن عرفنا الصفة المميزة للتعبير الصريح ، نتساءل عن الثمن الذى يدفعه هذا التعبير لتلك الصفة . وبعبارة أخرى ماهو القيد الذى أحاط به الفقهاء التعبير الصريح ليتسنى له التمتع بهذه ميزة ؟

(١) التلويح على التوضيح ج ١ ، ص ١٢٢ ، س٣٢ .
(٢) شرح المنار لابن ملك ، ص ١٦٥ .

إن هذا القيد هو اعتراف المجتمع بهذا التعبير . وشرط هذا الاعتراف هو غلبة استعمال التعبير فى معنى وحيد منحصر . فما دام التعبير قد تردد على الألسن ، وغلب استعماله فى هذا المعنى ، واستقر فى وجدان المجتمع وذاكرته . فمن الواجب عندئذ الاعتداد به ومنحه الأولوية على بقية المعانى التى توارث أمامه . ولا محل هنا للاعتداد بقصود الأفراد الخاصة من هذا التعبير ، مادام المجتمع قد أكثر من استعماله فى قصد معين . إن كثرة الاستعمال التى يستهدف إليها تعبير معين فى قصد معين تسوغ حلول هذا التعبير محل هذا القصد ، ومعيار غلبة الاستعمال المعتبرة هنا هى تبادر المعنى الذى شاع قصده من اللفظ ، إلى ذهن السامع بمجرد السماع .

وإذا تخلف هذا المعيار ، انتفت تلك الميزة القاضية بسيادة العنصر المادى على العنصر المعنوى ، وفى حالة هذا التخلف نكون أمام إحدى حالتين :

(١) حالة يسود فيها العنصر المعنوى على العنصر المادى وهى الحالة التى يحتمل فيها استعمال التعبير فى معانى متعددة .

(٢) وحالة يهدر فيها كل من العنصرين المعنوى والمادى ، وهى الحالة التى يندر فيها استعمال التعبير فى المعنى الذى قصد إليه صاحبه .

أما الحالة الأولى : فهى حالة التعبير (الكناية) — وهى مقابل الصريح وفيها يستعيد العنصر المعنوى دوره ، وهذا الأخير هو الذى يحدد مصير التصرف .

أما الحالة الثانية : فهى حالة التعبيرات الغريبة الفردية ، التى يندر بل ينعدم استعمالها فى المجتمع ، وقد ذكر ابن عابدين منها صورتين :

« إن من تشاجر مع زوجته فأعطاها ثلاثة أحجار ينوى الطلاق ، ولم يذكر لفظا لا صريحاً ولا كناية ، لا يقع عليه ، كما أفتى به الخير الرملى وغيره .

وكذا ما يفعله بعض سكان البوادى من أمرها بحلق شعرها لا يقع به طلاق وإن نواه[1] » .

إن التدقيق فى الحالات الثلاثة المذكورة تدلل بوضوح على أن القوة الشرعية

---

(١) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٤٢٨ ، س ٣٠ .

للمنصر المادى للتعبير تدور مع تداوله فى المجتمع ؛ فمتى غلب هذا التداول ، طغت هذه القوة على العنصر المعنوى ، وقبل التعبير قبولا غير مشروط . ومتى اعتدل هذا التداول ، قبل العنصر المادى قبولاً مشروطاً ببيان العنصر المعنوى . أما إذا ندر أو انعدم ، فحينئذ يهدر ، ولا مجال لقبوله مطلقاً .

٣١٣ — ونتساءل هنا : أمن صلة بين هذه الصفة المميزة التى رأيناها فى حلول اللفظ محل النية فى التعبير الصريح ، وبين ما رأيناه فى بحث العلة من اعتبار المظنة دون المئنة ؟

الواقع أن ثمة صلة وثيقة بين هاتين الظاهرتين ، وهى صلة التطبيق بالقاعدة . فالقاعدة فى بحث العلة كما مر تقضى باعتبار المظنة الظاهرة وإغفال المئنة الخفية ، وتطبيق هذه القاعدة فى مجال التعبير الصريح — وهو ضرب من ضروب العلة — يقضى باعتبار العنصر المادى الظاهر ، وإغفال العنصر المعنوى الخفى . فالتعبير الصريح هو النموذج الصحيح الذى تتحقق فيه المميزات التى أسندها الأصوليون إلى المظنة .

على أننا إذا ما رجعنا إلى التعبير الكناية نجد العنصر المعنوى فيه محترماً وملتفتاً إليه . فهل يتنافى هذا الالتفات وما رأيناه فى بحث العلة من إهدار كلى للمنصر المعنوى؟ وهل يتعارض هذا الاحترام والقاعدة القائلة بدوران الحكم مع المظنة دون المئنة ؟

وبعبارة أخرى إذا اعتبرنا التعبير الصريح تطبيقاً لقاعدة العلة المشار إليها . أفلا يعتبر التعبير الكناية تطبيقاً لهذه القاعدة ؟ أو ليس هو بدوره علة كالتعبير الصريح ؟

لكى نجيب عن ذلك يجب أن نتعرف على الصفة الأساسية للعلة . إن الصفة الأساسية فى العلة هى فى دوران الحكم حول المنصر المادى الظاهر دون المنصر الخفى كما مر فهل الحكم فى الكناية يدور حول عنصرها المادى الظاهر أم المعنوى الخفى ؟ فإذا كان الأول كان التعبير الكناية علة لا محالة .

الواقع أن الحكم فى الكناية يدور حول العنصر المادى . فلا تعارض إذن بين الالتفات إلى العنصر المعنوى فى الكناية والقاعدة القائلة بدوران الحكم مع المظنة دون المئنة . أما دليلنا على اتصال الحكم بالعنصر المادى فى الكناية دون المعنوى فنجده فى انقداح الأثر بمجرد صدور التعبير لا بالبيان اللاحق من صاحبه ، أو إن شئت فقل إن الأثر ينقدح بمجرد صدور التعبير الكناية معلقاً على بيان صاحبه .

ولو انقدح الأثر من وقت صدور البيان ، لأمكن القول بوجود التعارض بين احترام العنصر المعنوى وما رأيناه فى بحث العلة من إغفال له . أما وأن الأثر ينقدح بمجرد صدور العنصر المادى ، فهذا دليل واضح على أن إعمال العنصر المعنوى فى الكناية لا يقدح بقواعد العلة الأساسية التى تقضى بدوران الحكم مع المظنة لا المئنة . وعلى ذلك تظل مهمة العنصر المعنوى فى الكناية مقصورة على تحديد اتجاه اللفظ . إنه مجرد كاشف مفسِّر . أما اللفظ فهو محور مولد للآثار ، وتوليد الآثار هو الغاية التى يسمى إليها التصرف . ويظل العنصر المعنوى وحده قاصراً عن بلوغها .

فالصريح والكناية يتفقان إذن فى اتصال الحكم بعنصرهما المادى وهما لا يختلفان إلا فى مقدار الثقة الممنوحة إلى هذا العنصر . وهذه الثقة ، كما رأينا ، أساسها وفرة استعمال اللفظ . فالعنصر المادى فى التعبير الصريح موثوق به ، لأنه وحيد الاتجاه . وهذه الوحدة فى الاتجاه الناتجة عن غلبة الإستعمال تفضى حتماً إلى استقرار التعامل .

أما العنصر المادى فى التعبير الكناية فهو متعدد الاتجاه ، لا ينتظم معنى وحيداً منحصراً كالصريح . وعلى هذا فلا مجال ثمة للثقة به ، لأن هذا التعدد فى الاتجاه يؤدى إلى تزعزع التعامل لا استقراره ، ولا سبيل إلى هذا الاستقرار إلا بالرجوع إلى صاحب التعبير نفسه ليحدد الاتجاه الوحيد المقصود من تعبيره .

نستخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامى إذ يعتمد على العنصر المادى فى الصريح ، يستند على ما لهذا العنصر من قدرة كبيرة على تأمين استقرار التعامل . والدليل على ذلك أن هذا الفقه سرعان ما يزور عن هذا العنصر عند ما يفقد الأساس الذى يرتكز عليه فى اعتماده عليه وهو قدرته على تأمين استقرار التعامل ، وهو فى هذه الحالة يعهد إلى العنصر المعنوى فى تقرير مصير التعبير . وهذا العنصر الأخير هو الهدف الأسمى الذى يسمى إليه الفقه الإسلامى . ذلك أن هذا الفقه لم يعتبر اللفظ الصريح مجرداً عن بطانته الذاتية إلا لكونه مفروضاً فيه احتواؤها لكثرة الاستعمال . أما وقد ثبت عدم انتظامه لها فى الكناية بيقين لقلة الاستعمال . فمن الخير فى هذه الحالة الرجوع إلى المصدر الأول للإلتزام وهو الإرادة الباطنة لتبديد هذا الارتياب وإحلال اليقين محل الشك عن طريق تحديد المعنى المقصود بالعنصر المادى .

٣١٤ — **حدود هذه الصفة المميزة** : سبق أن ذكرنا أن الشارع لا يحفل بالعنصر المعنوى فى التعبير الصريح . فهل تجرى هذه اللا مبالاة على إطلاقها أم أن لها حدوداً معينة يكترث الشارع فيما وراءها بهذا العنصر ؟ نستطيع أن نقرر ، بادىء ذى بدء ، بأن هذه اللامبالاة لا تجرى على إطلاقها ، بل هى نسبية ، تختلف حسب المذاهب الفقهية من جهة وحسب نوع الحكم المتولد عن التعبير الصريح من جهة أخرى ففى نطاق الحكم الديانى ، يكون الأصل الحرص على العنصر المعنوى . وفى نطاق الحكم القضائى ، يكون الأصل الزهد بهذا العنصر . وسنعود إلى هذه المسألة ثانية عند بحثنا للنظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة .

الفرع الثالث

المتمحضات للحال أو الاستقبال

٣١٥ — تنقسم الصيغ الزمنية فى الفقه الإسلامى إلى صرائح : وهى المتمحضات للحال أو الاستقبال ، ويعتد فيها بالإرادة الظاهرة . وكنايات : وهى المحتملات للحال والاستقبال ، ويعتد فيها بالإرادة الباطنة . ونشرع هنا فى بيان النوع الأول مرجئين الكلام فى النوع الثانى إلى المبحث القادم .

المطلب الأول

المتمحضات للحال

٣١٦ — المتمحضات للحال نوعان : نوع أجمع الفقهاء على تمحضه للحال ، ونوع اختلفوا فيه .

§ ١ — المتمحضات للحال التى هى موضع إجماع الفقهاء

٣١٧ — تشمل المتمحضات للحال المجمع عليها الصيغ الآتية : (أ) الماضى (ب) المضارع الملابس (حـ) الأمر فى عقود معينة (د) الاستفهام الملابس (هـ) الجمل الاسمية الملابسة . ونستعرض فيما يلى هذه الصيغ :

(ا) صيغة الماضى

٣١٨ — يؤثر الفقهاء الإسلاميون صيغة الماضى لانعقاد العقد ، ذلك لأن هذه الصيغة هى خير ما يصب به التعبير اللفظى لـكى يشف عن إرادة جازمة وصلت إلى حد البت والحسم . ويترتب على هذا الإيثار أن العقد ينعقد بمجرد صدور الصيغة الماضوية وسواء اتجهت إرادة العاقد إلى التعاقد أم لم تتجه ، وبعبارة أخرى يؤخذ حال استعمال صيغة الماضى بإرادة العاقد الظاهرة لا بإرادته الباطنة . ونبحث فيما يلى المسوغات التى دعت الفقهاء إلى إيثار الماضى وتقديرنا لها .

٣١٩ — **مسوغات الاعتداد بالماضوية** : يستند الفقهاء فى تسويغهم لإيثار صيغة الماضى إلى أدلة نقلية وفنية :

٣٢٠ — **التعليل النقلى** : يذهب هذا التعليل إلى أن الآثار وردت عن النبى صلى الله عليه وسلم بأنه كان يستعمل صيغة الماضى فى عقوده ، وأنه كان مقتصراً عليه . فقد جاء فى العناية : « وإنما لا ينعقد [بغير الماضى] لأن النبى صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضى الذى يدل على تحقق وجوده ، فـكان الانعقاد مقتصراً عليه(١) » . ويذهب البعض فى تعليل اقتصار الشارع على استعمال الماضى إلى أن العقود أمور معنوية يعطيها الشارع أحكاماً وآثاراً ، وليس العاقد هو الذى يعطيها الأحكام والآثار . وإذا كان الشارع هو الذى يعطيها أحكاماً ، فهو الذى ينفرد ببيان العبارات التى تنشئها . جاء فى درر الحـكام « وإنما اشترط ذلك [الماضوية] لأن البيع إنشاء تصرف شرعى والنـكاح كذلك ، والتصرف الشرعى لا يعرف إلا بالشرع ، والشرع قد استعمل اللفظ الموضوع للإخبار عن الماضى لغة فى الإنشاء ليدل على التحقق والثبوت فيكون أدل على قضاء الحاجة(٢) » .

٣٢١ — **التعليل الفنى** : وهو يرى أن التعويل على الإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى يمليه صعوبة إثبات الإرادة الباطنة من جهة ووضوح الإرادة فى هذه الصيغة

---

(١) العناية على فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٥ . أنظر أيضاً الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ، ف٣٨٣ ، ص٢٦٧ ، حيث ارتضى المؤلف هذا التعليل .

(٢) درر الحكام لمنلا خسرو ، جـ ١ ، ص ٣٢٧ .

من جهة أخرى ويشير إلى ذلك الأستاذ السنهوري إذ يقول : « إن الإرادة الظاهرة هنا واضحة ، فلا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة ، لأن الجرى وراء نية العاقد والتحسس لما انطوت عليه سريرته أمر عسير[1] » .

ويبدو أن أكثر الفقهاء يعللون وضوح الإرادة في صيغة الماضي بكونها أدل الألفاظ على تحقق الوجود حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار ، فكانت أنسب الألفاظ لإنشاء التصرفات . ونورد فيما يلي من النصوص الفقهية مايشهد على ذلك:

جاء في الهداية : « لأن الصيغة [الماضي] وإن كانت للإخبار وضعاً فقد جعلت للإنشاء شرعاً[2] » وفي الفتح : « وإنما اختيرت للإنشاء لأنها أدل على الوجود والتحقق حيث أفادت دخول المعنى في الوجود قبل الإخبار[3] » . وفي مجمع الأنهر: « والشرع قد اعتبر الإخبار إنشاء في جميع العقود فينعقد به[4] » وفي شرح الكنز للعيني : « لانه إنشاء ، وهو إثبات أمر لم يكن ، وليس له لفظ يختص به باعتبار الوضع ، فاختير فيه لفظ الماضي الذي ينبيء عن الثبوت دفعاً للحاجة[5] » .

وفي القرآن الكريم نجد صوراً بصيغة استعمل فيها الماضي للدلالة على أن المخبر عنه واقع لا محالة ، كما جاء في الآية الكريمة « اقتربت الساعة وانشق القمر » .

٣٢٢ — **الاعتراض على التعليل النقلي** : لسنا نوافق الفقيه البابرتي على ماذهب إليه من أن الرسول الأعظم كان يقتصر في عقوده على استعمال صيغة الماضي . ونرى أن هذه الدعوى التي جاء بها صاحب العناية تفتقر إلى دليل ، ذلك أن من الآثار ما يشير إلى أن الرسول عليه السلام لم يكن مقتصراً على استعمال صيغة الماضي ، وأنه استعمل فعلاً صيغة الأمر في عقوده ، فقد روى ابن حزم حديثاً لابن عمر جاء فيه : « كنا مع النبي صلى الله عليه وسلم في سفر ، فكنت على بكر[6] صعب لعمر ، فكان يغلبني

(١) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٨ .
(٢) الهداية على فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ٢ ، ص ٤ ، س ٢٩ .
(٥) شرح الكنز للعيني ، ج ١ ، ص ١١٤ .
(٦) البكر : الفتى من الإبل .

فيتقدم أمام القوم ، فيزجره عمر ، ويرده . ثم يتقدم ، فيزجره عمر ، ويرده . فقال النبي صلى الله عليه وسلم لعمر « بعنيه » قال « هولك يا رسول الله » . قال « **بعنيه** » فباعه من رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فقال النبي صلى الله عليه وسلم « هولك يا عبد الله بن عمر تصنع به ما شئت »[1] .

وثمة حديث آخر ذكره ابن حزم ، استعمل فيه الرسول صيغة الأمر ، وهو مروى عن جابر بن عبد الله ، يقول فيه « إنه كان يسير على جمل له قد أعيا ، فمر النبي صلى الله عليه وسلم فضربه ، فدعا له ، فسار سيراً ليس يسير مثله . ثم قال : « **بعنيه بأوقيه** » قلت « لا ! » ثم قال « بعنيه بأوقيه » فبعته ، واستثنيت حملانه إلى أهلى . فلما قدمنا أتيته بالجمل ، ونقدنى ثمنه ، ثم انصرفت ، فأرسل على أثرى فقال : ما كنت لآخذ جملك ، فخذ جملك ذلك ، فهو مالك[2] » .

٣٢٣ — **دور العرف فى صراحة صيغة الماضى :** ننتهى مما تقدم إلى أن التعليل النقلى لا يصلح أساساً لتعليل تقييد انعقاد العقد بصيغة الماضى . وهو فى نظرنا لا يصلح أيضاً لتسويغ اعتداد الفقهاء المسلمين بالإرادة الظاهرة فى هذه الصيغة دون الإرادة الباطنة

وإنما التعليل الحقيقى السديد الذى يمكن أن يركن إليه إنما هو التعليل بالعرف ذلك أن للعرف فى الفقه الإسلامى سلطاناً يبدو فى مختلف فروعه ولقد أشار إلى أثره الكاسانى حين قال : والعرف قاض على الوضع . ففى البدائع « إن هذه الصيغة وإن كانت للماضى وضعاً ، لكنها جعلت إيجاباً للحال فى عرف أهل اللغة والشرع ، والعرف قاض على الوضع[3] » . وإلى دور العرف فى هذا الصدد يشير الأستاذ أحمد فهمى أبو سنة فى كتاب العرف والعادة فى رأى الفقهاء إذ يقول : « إن كل متكلم يحمل كلامه على عرفه ، سواء أكان ذلك فى خطاب الشارع ، أو تصرفات الناس . فلفظ الصلاة تطلقه فى اللغة على الدعاء ، ويطلقه الشرع على الأقوال والأفعال المخصوصة ..

ومثل هذا أقوال الناس التى تدور عليها العقود والتصرفات ؛ تحمل على عرفهم

---

(١) المحلى لابن حزم ، ج ٨ ، ص ٣٦١ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤١٨ .

(٣) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

في مخاطباتهم ؛ بمعنى أن الأحكام التى تترتب على الالتزامات الفقهية من عقود وفسوخ وشروط وغيرها ، تجرى على حسب ما يفيده اللفظ عرفاً ؛ بحيث تكون الصيغ العرفية فى الالتزامات عللاً جملية للأحكام ، تسبب من الأثر بقدر ما يفهمه أهل العرف ، كما فى البيع والإجارة والزواج وشروط الواقفين والطلاق واليمين . فمثلاً : الأصل فى البيع ألاّ ينعقد إلا بماضيين ، وإن وجد فى صيغته مضارع فلا بد فيه من قرينة الحال ، أو نيته ؛ لأن المضارع ، وإن كان حقيقة للحال يغلب استعماله فى الاستقبال والوعد . واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال ، كأهل خوارزم ، فإنه يصح بلا نية ولا قرينة[1] » .

هذا ويعود الفضل إلى الفقيه الكبير القرافى فى إلقاء الضوء على ما للعرف من خطر فى تصريح الصيغ العقدية وتحويلها من حال يعول فيه على الإرادة الباطنة إلى حال آخر يعول فيه على الإرادة الظاهرة فحسب . ونورد فيما يلى من الفروق أقوى نصوص وأوضحها فى هذا الصدد :

قال صاحب الفروق : « إن الشهادة تصح بالمضارع دون الماضى واسم الفاعل ، فيقول الشاهد : « أشهد بكذا عندك أيدك الله » . ولو قال : « شهدت بكذا » أو « أنا شاهد بكذا » لم يقبل منه .

والبيع يصح بالماضى دون المضارع عكس الشهادة ، فلو قال : « أبيعك بكذا » أو قال « أبايعك بكذا » لم ينعقد البيع عند من يعتمد على مراعاة الألفاظ كالشافعى . ومن لا يعتبرها لا كلام معه .

وإنشاء الطلاق يقع بالماضى ، نحو « طلقتك ثلاثاً » واسم الفاعل نحو « أنت طالق ثلاثاً » ، دون المضارع نحو « أطلقك ثلاثاً » . .

وسبب هذه الفروق بين الأبواب النقل العرفى من الخبر إلى الإنشاء . فأى شيء نقلته العادة لمعنى صار صريحاً فى العادة لذلك المعنى بالوضع العرفى . فيعتمد الحاكم عليه لصراحته . ويستغنى المفتى عن طلب النية معه لصراحته أيضاً . وما هو لم تنقله العادة

---

(١) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ٥٤ .

لإنشاء ذلك المعنى ، يتعذر الاعتماد عليه ، لعدم الدلالة اللغوية والعرفية ، فنقلت العادة في الشهادة المضارع وحده ، وفي الطلاق والعتاق اسم الفاعل والماضي . فإن اتفق وقت آخر تحدث فيه عادة أخرى تقتضي نسخ هذه العادة ، وتجد عادة أخرى ، اتبعنا الثانية ، وتركنا الأولى . **ويصير الماضي في البيع ، والمضارع في الشهادة على حسب ما تجدده العادة . فتأمل ذلك واضبطه !** فمن لم يعرف الحقائق العرفية ، وأحكامها يشكل عليه الفرق ، وبذلك يظهر قول مالك رحمه الله: «ما عده الناس بيعاً ، فهو بيع» . نظراً إلى أن المدرك هو تجدد العادة[1] »

وجاء أيضاً في صدد دور العرف في إنشائية الصيغة : « فإذا قال الشاهد : أشهد عندك أيها القاضي بكذا ، كان إنشاء . ولو قال : شهدت ، لم يكن إنشاء . عكسه في البيع . لو قال : أبيعك ، لم يكن إنشاء للبيع ، بل إخبار به ، لا ينعقد به بيع بل وعد بالبيع في المستقبل . ولو قال : بعتك كان إنشاء للبيع . فالإنشاء في الشهادة بالمضارع وفي العقود بالماضي ، وفي الطلاق بالماضي واسم الفاعل ، نحو « أنت طالق وأنت حر» ولا يقع الإنشاء في البيع والشهادة باسم الفاعل . ولو قال « أنا شاهد عندك بكذا » و « أنا بائعك بكذا » لم يكن إنشاء .

وسبب الفرق بين هذه المواطن الوضع العرفي، فما وضعه أهل العرف للإنشاء كان إنشاء ، وما لا فلا . فاتفقوا أنهم وضعوا للإنشاء الماضي في العقود ، والمضارع في الشهادة ، واسم الفاعل في الطلاق والعتاق . ولما كانت هذه الألفاظ موضوعة للإنشاء في هذه الأبواب ، صح من الحاكم اعتماده على المضارع في الشهادة ؛ لأنه موضوع له ، صريح فيه ، والاعتماد على الصريح هو الأصل . ولا يجوز الاعتماد على غير الصريح لعدم تعين المراد منه .

فإن اتفق أن العوائد تغيرت وصار الماضي موضوعا لإنشاء الشهادة ، والمضارع لإنشاء العقود . جاز للحاكم الاعتماد على ما صار موضوعا للإنشاء ولا يجوز له الاعتماد على العرف الأول .

فتلخص لك أن الفرق بين هذه الألفاظ ناشيء عن العوائد ، وتابع له ، وأنه

---

(١) الفروق للقرافي ، ج ١ ، ص ٥٣ .

ينقلب وينمسخ بتغييرها ، وانتقالها فلا يبقى بعد ذلك خفاء فى الفرق بين قاعدة ما يصح أن تؤدى به الشهادة ، وقاعدة ما لا يصح أداء الشهادة له[1] » .

وننقل فيما يلى عن القرافى نصاً قوياً آخر يدعو فيه بحرارة إلى عدم الجمود على المنقول والركون إلى العرف فى الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى الصرائح ، جاء فى الفروق : « إن الأحكام المترتبة على العوائد تدور معها كيفما دارت ، وتبطل معها إذا بطلت كالنقود فى المعاملات . . . فلو تغيرت العادة فى النقد والسكة إلى سكة أخرى ، لحمل الثمن فى البيع عند الإطلاق على السكة التى تجددت العادة بها دون ما مثلها . . . وبهذا القانون تعتبر جميع الأحكام المترتبة على العوائد ، وهو تحقيق مجمع عليه بين العلماء لا خلاف فيه .

وعلى هذا القانون تراعى الفتاوى على طول الأيام **فمهما تجدد فى العرف اعتبره (!) ومهما سقط أسقطه (!) ولا تجمد على المسطور فى الكتب طول عمرك (!) ... فهذا هو الحق الواضح (!) والجمود على المنقولات أبداً ضلال فى الدين ، وجهل بمقاصد علماء المسلمين والسلف الماضين** وعلى هذه القاعدة تتخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات ، **فقد يصير الصريح كناية يفتقر الى النية ، وقد تصير الكناية صريحا مستغنية عن النية (٢) »** .

وقد أبدى ابن قيم الجوزية إعجابه بالقاعدة السابقة بقوله : « وهذا محض الفقه ! ومَنْ أفتى الناس بمجرد المنقول فى الكتب على اختلاف عرفهم وعوائدهم وأزمنتهم وأمكنتهم وأحوالهم وقرائن أحوالهم ، فقد ضل وأضل ، وكانت جنايته على الدين أعظم من جناية من طبب الناس كلهم على اختلاف بلادهم وعوائدهم وأزمنتهم وطبائعهم بما فى كتاب من كتب الطب على أبدانهم بل هذا الطبيب الجاهل ، وهذا المفتى الجاهل أضر ما على أديان الناس وأبدانهم والله المستعان[3] » .

ولعله يبين لك مما أسلفنا من نصوص هامة الأساس الذى يقوم عليه الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى المتمحضات للحال وغيرها من الصرائح . إنه العرف ! ذاك الذى

---

(١) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٥٧ ، الفرق ٢٢٨ .

(٢) المرجع السابق ، ج ١ ، ص ١٨٦ ، س ٢٠ .

(٣) إعلام الموقعين ، مطبعة السعادة بمصر ، ج ٣ ، ص ٨٩

تدور معه صراحة الصيغ حيث دار ، فإن أقرها قرت ، واعتد فيها بالإرادة الظاهرة . وإن نبذها أمحت ، وانقلبت الصيغ كنايات ، يعتد فيها بالإرادة الباطنة .

ولعل هذا السلطان الذى يحظى به العرف فى إطار الصيغ يضفى شيئاً من المرونة والنسبية على إلزام العاقد باستعمال صيغة المـاضى ، هذا الإلزام الذى حاول البعض أن يحيطوه بهالة من الإطلاق والثبات ، بإسناده إلى أساس نقلى .

٣٢٤ — هذا وإذا ثبت لدينا انتفاء الصلة بين الأثر وصراحة الماضى . فكيف يفسر موقف مثبتى هذه الصلة ؟ .

لقد سبق أن استعرضنا ضرباً من هذا الاستدلال عند ما رأينا نفاة التعاطى يستندون إلى الأدلة النقلية لدعم نفيهم للتعاطى ، وانتصارهم للصيغة اللفظية . ولقد رأينا آنذاك وهاء علاقة الأدلة النقلية بالدعوى التى نادوا بها . وها نحن نرى هنا أيضاً لوناً من الاستدلال الذى لا تجمع بينه وبين المستدل عليه أية صلة اللهم إلا رغبة صاحبه بإحاطة نظريته بهالة من القدسية . وعندى أن هاتين الظاهرتين ، وكثير غيرها ، تصدران عن قاعدة واحدة مؤداها : « إن النتيجة تطلب أولا — أما المبدأ فيخلق بعد ذلك[1] » . وهذه القاعدة فى نظرى هى هى التى تفسر موقف نفاة التعاطى الذين دعتهم ملابسات عصرهم إلى الركون إلى اللفظ المنضبط . وهى هى التى تفسر لنا موقف أنصار نظرية الإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى الذين دعتهم تلك الملابسات إلى الركون إلى الظاهر بعد أن قبلوا الرضاء مجرداً عن أية شكلية[2] ذلك أن الملابسات الاجتماعية آنذاك ترى أن سبر أعماق النفس وتلمس الرغبة فى إرادة الإلتزام من الأمور التى ليس فى مقدور القضاه آنذاك أن يصل إليها بما تحت يده من وسائل . لذلك فقد

---

(١) راجع Saleilles, De la personnalité Juridique, 2me éd., Paris, 1922, P.45. حيث يرى المؤلف « أن الحاجات الإجتماعية هى التى تخلق النظم القانونية ـ فهذه لا تنشأ ولا تتطور ، إلا من أجل تحقيق مصالح عملية تنتظر منها، دون أن يلتفت فى البداية إلى النظريات فى ذاتها ـ ومافيها من متانة علمية ، ومن منطق وتسويغ. وغالبا ما تظل النظرية نفسها موجهة بالمصلحة الاولى التى دفعت إلى التفكير فى إيجادها ـ دون أن يبدو ذلك صراحة ، أو يعترف به ... إن النتيجة تطلب أولا ـ أما المبدأ فيخلق بعد ذلك . هذا هو تاريخ كل بناء قانونى »

انظر أيضاً التعبير عن الإدارة فى القانون المصرى للدكتور وليام قلادة ، ص ٥ .

(٢) هذه القاعدة هى التى تفسر لنا أيضاً رفض الكتابة كوسيلة لانعقاد العقد وإثباته .

كان لا معدى من تحاشى هذه الصعوبات ونشدان الطريق الأبسط والأوضح . إنهما طريقا اللفظ والإرادة الظاهرة : فهما الطريقان المستقيمان اللذان يصلان بنا إلى الإرادة التعاقدية بأقرب طريق وأضبطه . ولئن كان القضاء اليوم يجشم نفسه مشقة الوصول إلى هذه الإرادة عن طريق أبعد فما ذلك إلا لرغبته فى الوصول إلى الذاتى دون احتفال بما يحيط الوصول إليه من صعوبات .

(ب) صيغة المضارع الملابسة

٣٢٥ — كما ينشأ العقد بالفعل الماضى ، كما بينا ، ينعقد على التحقيق بالفعل المضارع فى الأحوال الآتية :

١ — إذا اقترن بما ينبىء عن الحال كـكلمة « الآن » كأن تقول لشخص : «أبيعك الآن» فيقول المشترى : اشتريت . أو تقول: بعتك هذا الكتاب بليرة سورية . فيقول الآخر : « أشترى الآن » .

٢ — وكذلك ينعقد العقد بالفعل المضارع إذا انتفت عنه إرادة الوعد والمساومة . كما لو قال شخص لامرأة : «أتزوجك» فقالت : زوجت نفسى ، أو قبلت . تم عقد الزواج . وكذا لو قال لآخر : « تزوجنى ابنتك » فقال : قبلت ، أو زوجت ، عند انتفاء الاستيعاد ، ومثله لو قال له : «هل أعطيتنى ابنتك» فقال الآخر : أعطيت . أو قال الأول : «جئت لتزوجنى ابنتك» فقال الآخر : زوجت . فإن العقد يتم فى جميع هذه الأحوال إذا انتفى احتمال المساومة والعدة .

جاء فى فتح القدير: «ثم لما علمنا أن الملاحظ من جهة الشرع فى ثبوت الانعقاد ، ولزوم حكمه جانب الرضا كما نص عليه فى قوله تعالى « إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم » عدينا ثبوت الانعقاد ، ولزوم حكم العقد ، إلى كل لفظ يفيد ذلك بلا احتمال مساومة للطرف الآخر . فقلنا لو قال بالمضارع ذى الهمزة « أتزوجك » فقالت : زوجت نفسى انعقد . وفى المبدوء بالتاء نحو « تزوجنى بنتك » فقال : فعلت عند عدم قصد الاستيعاد ؛ لأنه يتحقق فيه هذا الاحتمال بخلاف الأول لأنه يستخبر نفسه عن الوعد ؛ وإذا كان كذلك ، والنكاح مما لا تجرى فيه المساومة ،

كان للتحقيق فى الحال ، فانعقد به ، لا باعتبار وضعه للانشاء ، بل باعتبار استعماله فى غرض تحقيقه ، واستفادة الرضا منه[1] » .

وفى البدائع « وأما بيان صيغة اللفظ الذى ينعقد به النكاح فنقول : لا خلاف فى أن النكاح ينعقد بلفظين يعبر بهما عن الماضى . . . وإما بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل . . . كما إذا قال لامرأة : « أتزوجك على ألف درهم » فقالت قد تزوجتك على ذلك[2] » .

٣ — ويلاحظ أخيراً أن صيغة المضارع — التى هى فى الأصل محتملة للحال والاستقبال — قد تغدو متمحضة للحال إذا تعارف قوم استعمالها للحال .

جاء فى البحر الرائق : « وفى القنية إنما يحتاج [المضارع] إلى النية إن لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال بل للوعد والاستقبال . فإن كان كذلك ، كأهل خوارزم ، لا يحتاج إلى النية[3] » .

وجاء فى كتاب « العرف والعادة » لأبى سنة : « فمثلا الأصل فى البيع ألا ينعقد إلا بماضيين ، وإن وجد فى صيغة المضارع فلابد من قرينة الحال أو نيته ... واستثنوا من ذلك ما إذا تعارفه قوم للحال ، كأهل خوارزم ، فإنه يصح بلا نية ولا قرينة[4] » .

ننتهى مما تقدم إلى أن الفقه الإسلامى ، يتجه إلى الاعتداد فى الفعل المضارع بالإرادة الظاهرة فى كل حالة يتسنى له تلمس هذه الإرادة بعنصر خارجى كلفظة « الآن » ، أو ظروف النكاح الخارجية أو العرف وهو فى هذا يطاوع نزعته الموضوعية من جهة ، ويطاوع حذره من الاعتماد على اليمين كوسيلة لإثبات الإرادة الباطنة من جهة أخرى .

(حـ) صيغة الأمر

٣٢٦ — اتفق الأئمة الثلاثة مالك وابن حنبل والشافعى ، على صلوح صيغة الأمر

---

(١) فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٣٤٤ — ص ٣٤٥ .
(٢) البدائع ، جـ ٢ ، ص ٢٣١ .
(٣) البحر الرائق ، جـ ٥ ، ص ٢٦٤ .
(٤) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى ابى سنة ، ص ٥٤ .

تعبيراً تعاقدياً فى جميع العقود ، وشاركهم أبو حنيفة هذا الرأى فى بعض التصرفات ، وهى النكاح والخلع والهبة والإبراء والكفالة .

وقبل أن نبحث فى المسوغات التى أوردها الفقهاء لرفع صيغة الأمر إلى مصاف صيغة الماضى ، والأخذ فيها بالإرادة الظاهرة نورد ملاحظتين تتعلقان باعتداد الفقهين الشافعى والمالكى بصيغة الأمر .

٣٢٧ — (١) **الملاحظة الأولى** : اضطربت الكتب الفقهية بعض الشيء فى بيانها لرأى الشافعى فى انعقاد العقد بصيغة الأمر ؛ فقد ذهب بعضها إلى أن الشافعى لا يقول بانعقاد العقد بصيغة الأمر ؛ وذهب البعض الآخر إلى عكس ذلك .

أما الاتجاه الأول فنجده بصورة خاصة فى كتب المالكية .

جاء فى بداية المجتهد : « وإذا قال « بعنى سلعتك بكذا أو كذا » فقال : قد بعتها . فعند مالك أن البيع قد وقع ، وقد لزم المستفهم إلا أن يأتى فى ذلك بعذر . وعند الشافعى أنه لا يتم البيع حتى يقول المشترى « قد اشتريت »[(١)] » .

وفى حاشية الصاوى على الدردير : « فينعقد بها [صيغة الأمر] البيع عندنا خلافاً للشافعية[(٢)] » .

أما الاتجاه الثانى فنجده فى كتب الأحناف والحنابلة وبعض الشافعية ؛ جاء فى المبسوط : « ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل بأن يقول أحدهما : « بعنى » فيقول الآخر : اشتريت ، لا ينعقد البيع عندنا ، بخلاف النكاح ؛ والشافعى يسوى بينهما[(٣)] » . وفى البدائع : « وهل ينعقد بصيغة الاستقبال ، وهى صيغة الأمر ، بأن يقول المشترى للبائع « بع عبدك هذا منى بكذا » فيقول : بعت ، قال أصحابنا رحمهم الله ، لا ينعقد ما لم يقل المشترى اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشترى :

---

(١) بداية المجتهد ، ج ٢ ، ص ١٦٨ .
(٢) حاشية الصاوى على الدردير ، ج ١ ، ص ٣٣٥ ، س ١٦ .
(٣) المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١٠٨ .

« إشتر منى هذا الشيء بكذا » فقال : اشتريت ، لا ينعقد ما لم يقل البائع : بعت عندنا . وقال الشافعى رحمه الله : ينعقد[1] » .

وفى الميزان للشعرانى : « ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة : إن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كـ « بعنى » أو « إشتر منى » فيقول : بعت أو اشتريت مع قول أبى حنيفة أنه لا ينعقد أصلا[2] » .

وفى المغنى : « وإن تقدم بلفظ الطلب ، فقال : « بعنى ثوبك » فقال : بعتك ففيه روايتان . إحداهما يصح . كذلك هو قول مالك والشافعى . والثانية لا يصح وهو قول أبى حنيفة[3] » .

هذا ولسنا نستطيع أن نوفق بين هذه الأقوال المتعارضة ، إلا إذا ذهبنا إلى أن للشافعى قولين فى انعقاد العقد بصيغة الأمر . وهذا ما أخذ به الأستاذ محمود شوكة العدوى فى رسالته نظرية العقد ، حيث قال : « وقد جوز الأئمة الثلاثة مالك وأحمد والشافعى ، فى أصح قوليه ، أن يقع بلفظ الأمر إيجاباً أو قبولاً[4] » .

٣٢٨ — (٢) الملاحظة الثانية : يبدو بعض التردد فى موقف الفقيه المالكى الدسوقى فى شرحه على الدردير من انعقاد العقد بصيغة الأمر .

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٢) الميزان للشعرانى ، ج ٢ ، ص ٥٥ ، س ١١ .

(٣) المغنى ، ج ٤ ، ص ٣ .

(٤) نظرية العقد للعدوى ، ص ١٠ .

على أن ما ذهب إليه الأستاذ العدوى من أن القول بانعقاد العقد بصيغة الأمر هو أصح القولين عند الشافعى هو موضع نظر . فقد جاء فى الوجيز ما يشير إلى عكس ذلك .

يقول صاحب الوجيز (ج ١ ، ص ١٣٢ — ص ١٣٣) : « ولا تكفى المعاطاة ، ولا الاستيجاب والإيجاب ، وهو قوله « بعنى » بدل قوله « اشتريت » على أصح الوجهين بخلاف النكاح ، فإنه لا يجرى مفاوضة » .

ويلاحظ أيضا أن المؤلف قد افترض حالة يكون فيها الأمر قبولا وهذا مستحيل ، لأن الأمر يفيد الطلب . وهو مرادف لمفهوم الإيجاب الذى يفيد بدوره العرض والطلب . يؤيد ذلك ما جاء فى كتاب أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف (ص ١٥٠) إذ يقول : « أما الأمر فلا يصح قبولا قطعاً ، لأن القبول يكون بصدور ما يدل على الرضا من القابل ، والأمر لم يوضع إلا للطلب ممن توجه إليه الأمر : وهو غير المتكلم » .

فهو تارة يذهب إلى عدم الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى صيغة الأمر محتجاً بكون هذا الرأى منصوصاً عنه فى المدونة ، وطوراً يجنح إلى الاعتداد فيها بالإرادة الظاهرة ، معولا فى ذلك على العرف . قال الدسوقى فى شرحه : « وأما الأمر فهو كالماضى ، وهو قول مالك وابن القاسم فى غير المدونة ، أو كالمضارع ، وهو قول ابن القاسم فى المدونة . ولكن الأرجح والمعول عليه أن عليه اليمين لأنه قول ابن القاسم فى المدونة . . . » . ومؤدى كلام الدسوقى السابق أن صيغة الأمر يعتد فيها بالإرادة الباطنة . فإن اتجهت إرادة صاحب التعبير فيها إلى التعاقد كان نصيبها الإعمال ، وإن اتجهت إرادته إلى مجرد الطلب كان نصيبها الإهمال .

وإذا ما تابعنا كلام الدسوقى نجده يغاير رأيه السابق ويذهب إلى الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى صيغة الأمر ، ويجعلها فى مصاف الفعل الماضى لا فى مصاف الفعل المضارع . ومؤدى ذلك ، أن صيغة الأمر تكون دوماً شطراً للعقد واجب الإعمال وسواء اتجهت إرادة صاحبها إلى التعاقد أو إلى مجرد الطلب . ويستند الدسوقى فى رأيه هذا إلى العرف ، فهو فى نظره الذى يقلب صيغة الأمر من محتملة للحال إلى متمحضة له .

فهو يقول : « لأن المطلوب فى انعقاد البيع ما يدل على الرضا ، ودلالة الأمر على الرضا أقوى من دلالة المضارع عليه ، لأن صيغة الأمر تدل على الرضا عرفاً ، وإن كان فى أصل اللغة محتملا ، بخلاف المضارع فإنه لا يدل عليه . والحاصل أن المطلوب فى انعقاد البيع ، ما يدل على الرضا عرفاً ، وإن كان محتملا لذلك لغة ، فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع به من غير نزاع ، والأمر كبعنى إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضى[1] » .

ونحن نميل إلى الرأى الثانى الذى رجحه الدسوقى لأنه هو الرأى السائد لدى فقهاء المذهب المالكى ، فقد جاء فى هامش الصاوى على شرح الدردير ما يؤيد أن

---

(١) حاشية الدسوقى على شرح الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ — ٤ .

صيغة الأمر تنزل منزلة صيغة الماضى من حيث دلالتها على الرضا ، بدلالة العرف ، إذ يقول : « وحاصله أن المطلوب فى انعقاد البيع به ما يدل على الرضا عرفاً وإن كان محتملا لذلك لغة . فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف .

والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف كما يفيده الشارح[1] » .

وفى شرح الحطاب: « فإن قول المشترى لمن بيده سلعة : « بعنى سلعتك بعشرة » لا يدل صريحاً على إيجاب البيع من جهة المشترى ، لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه ، أو ملتمس منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به ، أو غير راض . ولكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع ، وراض به ، لأن « بعنى » صريح فى أمر المشترى للبائع بالبيع ، واستدعائه منه ، وطلبه له ، وإرادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً . فإذا أجابه البائع بحصول مطلوبه ، فقد تم له ما أراده من وجود البيع . وظاهر كلام المصنف أن البيع ينعقد فى هذه المسألة ، ويلزم المشترى، إذا أجابه البائع بما يدل على الرضاء ، ولو قال البائع بعد « بعتك » لا أرضى ، لأنى لم أرد إيجاب البيع ، ويعد قوله ، بعد ذلك ، لا أرضى ندما[2] » .

ويلحظ أخيراً أن نظرة الرأى المرجوح لدى المالكية إلى صيغة الأمر تختلف عن نظرة الأحناف . فبينما يهملها هؤلاء ، ويعتبرونها لغواً لتعويلهم فيها على الإرادة الظاهرة ، التى تفيد مجرد الوعد ، يعول فيها أولئك على الإرادة الباطنة ، ويعملونها فى حال اتجاه إرادة العاقد فيها إلى التعاقد .

مسوغات الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى صيغة الأمر

٣٢٩ — إن مسوغات الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى صيغة الأمر يجب أن تبحث فى نطاقين :

---

(١) حاشية الصاوى على الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ .

(٢) شرح الحطاب على سيدى خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ .

أولا : نطاق الرأى الموسع الذى أخذ بالإرادة الظاهرة فى هذه الصيغة كقاعدة عامـــة .

ثانياً : نطاق الرأى المضيق الذى أخذ بالإرادة الظاهرة فى هذه الصيغة ، فى عقود معينة ، وعلى سبيل الإستثناء .

٣٣٠ — مسوغات الرأى الموسع : يستند الفقه المالكى — وهو من أنصار هذا الرأى - إلى العرف فى تسويغه لتمحيض صيغة الأمر للحال كما يبدو من أقوال الحطاب والدسوقى والصاوى التى نوردها فيما يلى :

يقول الحطاب : « فإن قول المشترى لمن بيده سلعة « بعنى سلعتك بعشرة » لا يدل صريحاً على إيجـــاب البيع من جهة المشترى لأنه إما آمر للبائع أن يبيعه أو ملتمس منه ذلك ، ويحتمل أن يكون راضياً به أو غير راض . ولـكن العرف دال على أن قائل ذلك طالب ومريد للبيع وراض به ، لأن « بعنى » صريح فى أمر المشترى للبائع بالبيع ، واستدعائه منه ، وطلبه له ، وإرادته إياه ، وحصول مطلوب يصير به مبتاعاً [1] » .

ويقول الدسوقى : « والأمر كـ « بعنى » إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به وعدمه ، لـكن العرف دل على رضـاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى [2] » .

وجاء فى هامش الصاوى على شرح الدردير : « والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولـكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف [3] » .

ويستند الشعرانى إلى عوامل أدبية فى تعليله لمذهب هذا الفريق فهو يقول :

ومن ذلك قول الأئمة الثلاثة أن البيع ينعقد بلفظ الاستدعاء كـ « بعنى » أو « إشتر منى » فيقول : بعت أو اشتريت مع قول أبى حنيفة أنه لا ينعقد أصلا .

---

(١) شرح الحطاب على سيدى خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ .

(٢) حاشية الدسوقى على شرح الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ — ٤ .

(٣) هامش الصاوى على شرح الدردير .

فالأول مخفف ، والثانى مشدد . ووجه الأول ، حصول الغرض بكون المستدعى بائعاً أو مشترياً ، إذ لا بد من الجواب فى المسألتين .

ووجه الثانى ، نسبة المستدعى إلى غش وتدليس فى العادة ، فربما فهم الناس منه أنه لو لم يكن فى ذلك المبيع عيب ، لما كان يسأل غيره فى أخذه ، بل كان يصبر إلى أن يطلبه غيره منه ، كما هو مشهور فى الأسواق[1] » .

ويلاحظ أن تعليل الشعرانى لقبول صيغة الأمر هو تعليل وحيد الجانب . فهو قد بحثه من خلال زاوية البائع ، وافترض أن هذا الأخير عند ما يوجب بصيغة الأمر تكون لديه الرغبة فى غش الموجه إليه التعبير . وهو لم يبحثه من خلال زاوية المشترى ، ولو حاول ذلك لما استقام تعليله ، ذلك لأنه يستبعد افتراض رغبة المشترى فى الغش ما دام هو الذى يطلب الشراء إلا إذا كان يعلم أن البضاعة التى يطلب شراءها هى فى مكان آخر أغلى ثمناً وهذا احتمال بعيد .

٣٣١ — *مسوغات الرأى المضيق* : لعله يحسن بنا — قبل أن نذكر المسوغات التى أتى بها الأحناف لقبول الأمر استثناء فى بعض العقود — أن نذكر حججهم فى رفض هذه الصيغة كتعبير تعاقدى من حيث المبدأ .

ونورد فيما يلى هذه الحجج كما وردت فى كتب فقهائهم ، وكلها تشير إلى أن صيغة الأمر هى إرادة ظاهرة واضحة فى عدم القطع والبت ، لأنها تدل على الطلب والاستيام لا على الجزم والحسم .

جاء فى البدائع : « إن قوله « بع » أو « إشتر » طلب الإيجاب والقبول ، وطلب الإيجاب والقبول لا يكون إيجاباً وقبولا ، فلم يوجد إلا أحد الشطرين ، فلا يتم الركن ، ولهذا لا ينعقد بلفظ الاستفهام ، لـكون الاستفهام سؤال الإيجاب والقبول ، لا إيجاباً ، ولا قبولاً كذا هذا . . . » ويقول فى موضع آخر « ولأن هذه الصيغة

---

(١) الميزان للشعرانى ، جـ ٢ ، ص ٥٥ .

[الأمر] مساومة حقيقة ، فلا تكون إيجاباً وقبولا حقيقة ، بل هي طلب الإيجاب والقبول فلا بد للإيجاب والقبول من لفظ آخر يدل عليهما[1] » .

وجاء في أحكام القرآن : « ولا يقع بلفظ الاستقبال ، لأن قوله « بعني » إنما هو سوم وأمر بالبيع ، وليس بإيقاع للعقد ، والأمر بالبيع ليس ببيع » .وجاء أيضاً : « ولما كانت العادة في البيع دخولهم فيه على وجه السوم بدياً كان ذلك [الأمر] سوماً ، ولم يكن عقداً ، فحملوه على القياس[2] » .

وفي المبسوط : « فأما البيع فإنه يقع بغتة من غير تقدم استيام فيجعل قوله « بعني » استياماً ، فلابد من لفظ العقد بعده[3] » .

ويقول الأستاذ محمود شوكة العدوى في هذا الصدد : « فلو قال « بعني هذا الشيء بكذا » فقال : « بعتك » لا ينعقد . . . وهذا رأى فقهاء الحنفية . وعللوا ذلك بأن العقد إنشاء تصرف يفيد حكما يثبت جبراً ، والإنشاء على هذا الوجه لا يعرف إلا بالشرع ، وهو قد استعمل الألفاظ الموضوعة للإخبار ، فلا ينعقد العقد إلا بها ، فلا يصح الإيجاب بلفظ الأمر ، حتى ولو نوى ، إذ النية لا تعمل إلا فيما يحتمله اللفظ وهو لا يحتمل الإخبار بحال ، فلا يعدو الأمر أن يكون مساومة ، وهي لا تدل على الرضا المشروط تحققه في أكثر العقود[4] » .

٣٣٢ — **أما الاستثناءات التي نص عليها الأحناف** فهي : عقد البيع (في أحوال معينة) والنكاح والخلع ، والطلاق على مال ، والكفالة ، والهبة ، والابراء .

٣٣٣ — **عقد البيع** : قبل الأحناف صيغة الأمر في عقد البيع ، وفي نطاق محدود جداً . وفي أفعال معينة ، كـ « خذ المبيع » ، و « هات الثمن » .

وقالوا في تعليل ذلك : « إن خصوص مادته ، وهي الأمر بالأخذ يستدعي سابقة

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ .
(٢) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٢ ، ص ١٧٣ .
(٣) المبسوط ، ج ١٢ ، ص ١٠٨ .
(٤) نظرية العقد للعدوى ، ص ١٠ .

البيع ، فكان كالماضى ؛ إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء خذه سبقه بحسب الاقتضاء » .

وفى حاشية الشلبي على تبيين الحقائق : « قال الكمال : وكذا لفظ « خذه بكذا » ينعقد به ، إذا قبل ، بأن قال : أخذته ، ونحوه . لأنه وإن كان مستقبلا لكن خصوص مادته ، أعنى الأمر بالأخذ يستدعى سابقة البيع ، فكان كالماضى ، إلا أن استدعاء الماضى سبق البيع بحسب الوضع ، واستدعاء خذه سبقه بحسب الاقتضاء ؛ فهو كما إذا قال « بعتك عبدى هذا بألف » فقال « فهو حر » عتق ، ويثبت « اشتريت » اقتضاء [1] » .

فهنا يقف الشلبي عند المعنى الظاهر من الصيغة ؛ وظهور المعنى ، إما أن يكون بحسب الوضع كما فى صيغة الماضى ، وإما أن يكون بطريق الاقتضاء ، كما فى بعض صور الأمر ، وكذا إذا قرن العبارة بحرف الفاء فيدل اقتضاء على معنى الإيجاب ، «فالمسألة إذن ليست مسألة ألفاظ توفيقية تدخل فى نطاق الشكلية ، بل هى مسألة معان ، تستخلص من الألفاظ والصيغ ، تغليباً للارادة الظاهرة على الإرادة الباطنة[2] » .

وفى الفتاوى الهندية : « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف ، أو الأمر ، فلا ينعقد به ، إلا إذا دل الأمر على المعنى المذكور ، كـ« خذه بكذا » . فقال « أخذته » ، فإنه كالماضى . كذا فى الروض الفائق : سئل أبو الليث الكبير عمن قال لآخر : « خذ هذا الثوب بعشرة » فقال « أخذت » ثم البائع قال « لا أعطيك » قال ليس له ذلك . وكذلك المشترى ليس له أن يمتنع بعد قوله « أخذت » كذا فى المحيط[3] » .

---

(١) حاشية الشلبي على الكنز ، ج ٤ ، ص ٤ .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٤ . وجاء فى المادة ١٧٢ من مجلة الأحكام العدلية : « لا ينعقد البيع بصيغة الأمر كـ « بع » و « إشتر » إلا إذا دلت بطريق الإقتضاء على الحال فحينئذ ينعقد بها البيع . . . أما لو قال البائع للمشترى « خذ هذا المال بكذا من الدراهم » وقال المشترى « أخذته » . أو قال المشترى أولا « أخذت هذا الشيء بكذا قرشاً » وقال البائع « خذه » أو قال « الله يبارك لك » وأمثاله ، انعقد البيع . فإن قوله « خذه » و « والله يبارك » ههنا بمعنى « ها أنا بعت فخذه » .

(٣) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ص ٤ .

هذا ويجيز الأحناف استعمال فعل الأمر استثناء أيضاً فى قول البائع « هات الثمن » أو « إدفع الثمن » ، بدلاً من قوله «خذ المبيع» . ولم أجد تعليلا لهذا الخروج عن القاعدة فى هذين الفعلين . ولعل التعليل الوارد بالنسبة لفعل « خذ » يصلح سنداً لخروج الأحناف فى هاتين الحالتين عن القاعدة العامة .

٣٣٤ — **عقود النكاح ، والخلع ، والطلاق على مال** : يجيز الأحناف جريان الإيجاب فى عقد النكاح بصيغة الأمر ، ويعللون هذا الجواز بمسوغات مختلفة : فهم تارة يستندون إلى التعليل النقلى ، وطوراً إلى انتفاء الاستيام فى النكاح ، وحيناً إلى مبدأ العدالة .

التعليل النقلى : جاء فى البدائع : « ولو قال لها « زوجينى أوأنكحينى نفسك » ؛ فقالت : زوجتك أو أنكحتك ، ينعقد استحساناً ، والقياس أن لا ينعقد ؛ لأن لفظ الاستقبال عدة ، والأمر من فروع الاستقبال ، فلم يوجد الاستقبال فلم يوجد الإيجاب ، إلا أنهم تركوا القياس لما روى أن بلالا رضى الله عنه خطب إلى قوم من الأنصار ، فأبوا أن يزوجوه ، فقال : « لولا أن رسول الله صلى الله عليه وسلم أمرنى أن أخطب إليكم لما خطبت » فقالوا له : « أَمْلَكْتَ » ولم ينقل أن بلالا أعاد القول ، ولو فعل لنقل ، ولأن الظاهر أنه أراد الإيجاب » .

وفى أحكام القرآن : « إلا أنهم استحسنوا ، فقالوا إذا قال « زوجنى إبنتك » ، فقال : قد زوجتك . إنه يكون نكاحاً ولا يحتاج الزوج بعد ذلك إلى قبول ، لحديث سهل بن سعد فى قصة المرأة التى وهبت نفسها للنبى صلى الله عليه وسلم فلم يقبلها . فقال له رجل : «زوجنيها» فراجعه النبى صلى الله عليه وسلم فيما يعطيها ، إلى أن قال له : زوجتكها بما معك من القرآن ، فجعل النبى صلى الله عليه وسلم قوله زوجنيها ، مع قوله زوجتكها ، عقداً واقعاً[1] » .

انتفاء الاستيام : جاء فى البدائع « لأن المساومة لا تتحقق فى النكاح عادة ، فكان [الأمر] محمولا على الإيجاب ، بخلاف البيع ، فإن السوم معتاد فيه ، فيحمل اللفظ عليه ، فلابد من لفظ آخر يتأدى به الإيجاب[2] » .

---

(١) أحكام القرآن للجصاص ، ج ٢ ، ص ١٧٣

(٢) البدائع ، ج ٢ ، ص ٢٣١

وجاء فى أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف : « فإذا أقدم الشخص عليه [النكاح] فاستعمل فعل الأمر فى الإيجاب ، امتنع أن يراد به المساومة ، وكان المطلوب منه إنشاء عقد الزواج إثر طلبه ، وكان دالاً على ذلك قطعاً ، واقتضى ذلك سبق الرضا به ، فيتم العقد به على اعتبار أنه إيجاب ، ولهذا السبب صلح إيجاباً فى الخلع ، والطلاق على مال[1] » .

مبدأ العدالة : جاء فى البدائع : « على أن الضرورة توجب أن يكون قول القائل « زوِّج ابنتك منى » شطر العقد ، فلو لم تجعل شطر العقد لتضرر به الولى لجواز أن يزوج ، ولا يقبل الخاطب ، فيلحقه الشين ، فجعلت شطراً لضرورة دفع الضرر عن الأولياء ، وهذا المعنى فى باب البيع منعدم ، فبقيت سؤالاً ، فلا يتم به الركن ما لم يوجد الشطر الآخر[2] » .

وقد حاول البعض عدم اعتبار هذه الحالة [جواز صيغة الأمر فى عقد النكاح] خروجاً عن القاعدة التى نبذ فيها الأحناف صيغة الأمر كتعبير تعاقدى .

فقد جاء فى نظرية العقد للأستاذ العدوى : « فإذا قال « زوجنى » وقال الآخر : زوجتك ، تم العقد ، لأن قول الخاطب «زوجنى» توكيل منه للولى فى تزويجه . فإذا قال الولى : زوجتك فقد تم العقد ، لأن عبارته تتضمن عبارتين : عبارة الخاطب الوكل ، وعبارته هو من حيث كونه ولياً . والواحد يتولى طرفى العقد فى النكاح بخلاف غيره من العقود .

وأنت ترى معى أن هذا ليس انعقاداً بلفظ الأمر فلم يكن مستثنى من القاعدة[3] »

على أننا يجب أن نلاحظ مع الأستاذ على الخفيف أن هذا المسلك « يقتضى ألا يتقيد الأمر بالتزويج بمجلسه ، لأنه توكيل ، والتوكيل لا يقتصر على المجلس ، ويقتضى كذلك ألا يشترط فيه سماع شهود عقد الزواج لأنه ليس شطراً للعقد ، وعلى ذلك ، لو قال شخص لامرأة « زوجينى نفسك » كان لها أن تزوجه نفسها بعد أيام ،

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٢٣ .
(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ — ١٣٤ .
(٣) نظرية العقد للعدوى ، ص ١٠ .

ولكن الفقهاء قد ذكروا أنه يتقيد بالمجلس وأنه لابد من الإشهاد عليه بشهود الزواج ، وذلك دليل على أنه إيجاب[٣] » .

ويستخلص مما تقدم أن الأحناف خرجوا بسماحهم باستعمال صيغة الأمر في عقد النكاح عن القاعدة العامة التي اختطوها لأنفسهم ، ولم تجد المحاولة التي ذهبت إلى اعتبار صيغة الأمر في النكاح من قبيل التوكيل .

٣٣٥ — **عقود الكفالة والهبة والإبراء** : وأما صلاحية الأمر في الهبة والكفالة « فمرجعها إلى القول بأن فعل الأمر فيهما غير مكون للعقد بناء على أن الهبة إنما تتم بعبارة الواهب وحدها وعلى أن الكفالة تتم بعبارة الكفيل وحده إذ منهما الإلتزام فقط . وليس للموهوب له إلا أن يرضى بدخول المال الموهوب في ملكه حتى لا يدخل في ملكه ما لا يرضاه ، وليس للمكفول له إلا أن يرضى بهذا الاستيثاق حتى يترتب عليه توجهه إلى الكفيل بالمطالبة . وعلى ذلك فليس بإيجاب فيهما ، وإنما الإيجاب ما تلاه من القول وقد يسوغ لنا أن نعتبره إيجاباً ونوجه ذلك بما سبق أن ذكرناه في عقد الزواج من أن عقدى الهبة والكفالة لا مساومة فيهما وأن الطلب فيهما يقتضى رضاء باتاً من قبل الطالب ، وذلك كاف في اعتباره إيجاباً لعدم الاحتمال في دلالته ، ولهذا يتم العقد لوجود شطريه وهما الإيجاب والقبول .

وأما الإبراء ، فأرجح الأقوال فيه ، أنه لا يحتاج إلى قبول لأنه إسقاط للدين ، وأنه يتم بعبارة الدائن دون توقف على طلبه منه أو قبوله من المدين ، ولذا لا يقع فيه فعل الأمر إيجاباً ، وإنما أريد به طلب الإبراء ، والإبراء إسقاط فيه معنى التمليك من ناحية أن الدائن يملك مدينه الدين الذي له في ذمته ، ولهذا صح أن يرتد برد المدين ، ولو كان مجرد إسقاط ، ما قبل الرد[٢] » .

---

(٣) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف طبعة عام ٩٤٧ هامش ص ٢٢٢ . ويلاحظ هنا أن القانون الوضعى يشترط لصحة الوكالة أن تتوافر فيها نفس الشكلية المطلوبة في العقد الموكل به . راجع م ٧٠٠ (مدنى مصرى) .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية الأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٣ .

وعندى ، أن سبب تساهل الأحناف فى قبول صيغة الأمر فى هذه التصرفات ، يرجع إلى كونهامن عقود التبرعات ، وأن الإيجاب فيها يتمحض لمنفعة الموجب وهو فى التصرفات المشار إليها ؛ المكفول له فى الكفالة ، والموهوب له فى الهبة ، والمدين فى الإبراء .

هذا وإذا عرفنا أن الشارع يتشدد فى حماية إرادة الواهب ، لأن المال يخرج من حوزته بدون مقابل ، كان من المستساغ القول بأنه ليس من ضير على المشرع إذا تساهل فى حماية إرادة الموهوب له ، باعتباره يأخذ دون أن يعطى ، وكان من صور هذا التساهل أن يقبل فقهاء الأحناف صيغة الأمر فى مثل هذه العقود — وهى دون صيغة الماضى عندهم من حيث الجزم والبتات — إذا صدرت من المتبرع له[1] .

وبناء على ما تقدم إذا قال شخص لآخر « هب لى هذه الساعة » وقال الآخر : وهبتها ، انعقدت الهبة . وكذلك إذا قال المدين لدائنه « أبرئنى عمالك علىّ من دين » فقال الآخر : أبرأتك ، تمت البراءة . وكذا لو قال الدائن لآخر « إكفل لى بما لى على فلان » فقال الآخر : كفلت ، تمت الكفالة[2] .

(ى) صيغة الاستفهام المرفقة بقرينة .

٣٣٦ — الأصل أن صيغة الاستفهام لا ينعقد بها العقد ، فقد جاء فى البدائع : « ولا ينعقد بصيغة الاستفهام بالاتفاق ، بأن يقول المشترى للبائع « أتبيع منى هذا الشيء بكذا ؟ » ، أو « أبعته منى بكذا ؟ » ، فقال البائع : بعت ، لا ينعقد ، مالم يقل المشترى : اشتريت . وكذا إذا قال البائع للمشترى « أتشترى منى هذا الشيء

(١) ولهذا التساهل الذى ألمحنا إليه سند فى القاعدة اللاتينية القائلة : « إن من يناجز لدرء مغرم أولى بالرعاية ممن يناجز لجلب مغنم » . وله أيضاً تطبيق فى القانون الحديث الذى يعتبر السكوت فى الأحوال التى يتمحض فيها الإيجاب لمنفعة الموجه إليه التعبير قبولا (راجع م ٩٩ مدنى سورى) ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون فى الرعاية دون من يتلقى الشيء بمقابل .

(٢) قارن الدكتور عبد الرزاق السنهورى (مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٤) حيث أغفل ذكر الحالات الاستثنائية — المشار إليها فى المتن والتى أخذ فيها الأحناف بالإرادة الظاهرة — واقتصر على ذكر الحالة الأولى وهى حالة « خذ » .

بكذا ؟ » ، فقال : اشتريت ، لا ينعقد ، ما لم يقل البائع : بعت[١] » .

وفى المغنى : « فأما إن تقدم بلفظ الاستفهام مثل أن يقول : « أتبيعنى ثوبك بكذا ؟ » فيقول : بعتك ، لم يصح بحال . نص عليه أحمد ، وبه يقول أبو حنيفة والشافعى ، ولا نعلم عن غيرهم خلافهم ، لأن ذلك ليس بقول ولا استدعاء[٢] » .

على أن صيغة الاستفهام إذا اقترنت بما يفيد تمحضها للحال ، انعقد بها العقد ؛ وأخذ فيها بالإرادة الظاهرة . فقد جاء فى شرح الطحاوى أنه « لو قال : هل أعطيتنيها ؟ » ، فقال : أعطيت . إن كان المجلس للوعد فوعد ، وإن كان للعقد فنكاح[٣] » .

(هـ) الجمل الاسمية

٣٣٧ — وثمة من الجمل الاسمية ما يصلح لانعقاد العقد ، وينزل فى ذلك منزلة الفعل الماضى ، ويؤخذ فيه بالارادة الظاهرة ، باعتباره متمحضاً للحال : كأن تقول لآخر : « هذا الكتاب عليك بألف » ، فيقول لك : « قبلت » ، أو « فعلت » ، أو « نعم » ، فإن الايجاب جملة إسمية . ومثل ذلك أن تقول له : « هو لك بألف إن رضيت » ، أو « إن أعجبك » ، فيقول لك : « رضيت بذلك » . وقد تكون الجملة الاسمية محتملة فيمحضها للحال ظرف خارجى :

جاء فى فتح القدير : « ولو قال باسم الفاعل فكذلك عن أبى حنيفة إذا قال : « جئتك خاطباً إبنتك » ، أو « لتزوجنى إبنتك » ، فقال الأب « زوجتك » ، فالنكاح لازم ، وليس للخاطب أن لا يقبل لعدم جريان المساومة فيه[٤] » .

وفى شرح الحطاب : « وأما الألفاظ المحتملة فلا يلزم بها بمجردها ، حتى ينزل بها عرف أو عادة ، أو ما يدل على البيع ، مثل أن يقول المبتاع : « بكم ؟ » فيقول

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .
(٢) المغنى ، ج ٤ ، ص ٣ .
(٣) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ .
(٤) المرجع السابق .

البائع : « بدينار » ، فيقول : « قبلت » ، فيقول البائع : « لا أبيعك » فإن كان فى سوق تلك السلعة فروى أشهب يلزمه البيع[1] » .

ويبدو من المثالين السابقين ، أن ظرف الزواج فى المثال الأول ، ودلالة وقوف الرجل بالسلعة فى السوق فى المثال الثانى ، هما قرينتان قويتان لا تقبلان النقض ؛ وهما تفضيان إلى تمحيض الصيغة الاسمية للحال ، فينعقد العقد بها دون بحث فى النية كما فى صيغة الماضى .

٣٣٨ — وقبل أن ننهى البحث فى المتمحضات للحال ، التى هى موضع إجماع الفقهاء ؛ لا بد لنا من الإشارة إلى أن الفقه الاسلامى قد سار فى تطوره إلى الاكثار من هـذه المتمحضات عن طريق قلب التعبيرات المحتملة للحال والاستقبال إلى تعبيرات متمحضة للحال وذلك بالاستعانة بالظروف والقرائن المحيطة بها . وسيتسنى لنا التفصيل بعض الشيء فى هـذا الموضوع عند بحثنا لتطور المحتملات للحال والاستقبال فى الفقه الاسلامى .

§ ٢ — المتمحضات للحال التى هى موضع خلاف الفقهاء .

٣٣٩ — إن الصيغ المختلف فى تمحضها للحال هى صيغة الأمر ؛ فيما عـدا الأحول الاستثنائية التى قال فيها الأحناف بتمحض الأمر للحال متفقين فى ذلك مع الأئمة الثلاثة .

ونشير هنا بصورة خاصة إلى صيغة الأمر فى عقد الاقالة ، وفى التعاقد ما بين غائبين .

٣٤٠ — **صيغة الأمر فى الاقالة** : ذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى انعقاد الاقالة بصيغة الأمر — متفقين فى ذلك مع الأئمة الثلاثة — وخالفهم فى ذلك محمد رضى الله عنه فقد ذهب إلى عدم انعقاد الاقالة بصيغة الأمر .

جاء فى البدائع : « وهل تنعقد [الإقالة] بلفظين يعبر بأحدهما عن الماضى وبالآخر عن المستقبل ، بأن قال أحدهما لصاحبه « أقلنى » ، فيقول : أقلتك أو قال له : « جئتك لتقيلنى » ، فقال : أقلت .

---

(١) شرح الحطاب على سيدى خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

فقال أبو حنيفة[1] وأبو يوسف رحمهما الله : ينعقد كما فى النكاح . وقال محمد رحمه الله لا ينعقد إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضى كما فى البيع .

وجه قوله : أن ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول كركن البيع ، ثم ركن البيع لا ينعقد إلا بلفظين ، يعبر بهما عن الماضى فكذا ركن الإقالة .

ولهما : الفرق بين الإقالة وبين البيع ، وهو أن لفظة الاستقبال للمساومة حقيقة ، والمساومة فى البيع معتادة ، فكانت اللفظة محمولة على حقيقتها ، فلم تقع إيجاباً ، بخلاف الإقالة ، لأن هناك لا يمكن حمل اللفظ على حقيقتها ، لأن المساومة فيها ليست بمعتادة ، فيحمل على الإيجاب ، ولهذا حملناها على الإيجاب فى النكاح ، كذا هذا[2] » .

ولقد أبدى بعض الفقهاء استغرابهم للتعارض القائم بين موقف أبى يوسف ومحمد من صيغة العقد فى عقدى البيع والإقالة فبينما يشترط الأول الماضوية فى صيغة البيع ، يتخلى عن هذا الاشتراط فى الإقالة ، فى الوقت الذى يعتبرها فيه « بيعاً » .

وبينما يشترط الثانى الماضوية فى صيغة البيع ، يحرص على هذا الاشتراط فى الإقالة ، رغم اعتباره لها « فسخاً » .

وقد وفق ابن عابدين بين هذين الموقفين المتعارضين ، بالاستناد إلى فكرة المساومة . . التى ترافق البيع دون الإقالة . جاء فى رد المحتار :

« والعجب أن قول أبى يوسف كقول الإمام فى أنها تصح بلفظين أحدهما مستقبل مع أنها بيع عنده ، والبيع لا ينعقد بذلك . ومحمد يقول أنها فسخ ، ويقول لا تنعقد إلا بماضيين لأنها كالبيع . فأعطاها بسبب الشبه حكم البيع . وأبو يوسف منع حقيقة البيع لم يعطها حكمه .

---

(١) إن انضمام أبى حنيفة إلى رأى أبى يوسف ليس هو موضع إجماع الكتب الفقهية ، فقد جاء فى فتاوى قاضيخان مايشير إلى أن أبا حنيفة يتفق مع محمد ، وجاء فى الخلاصة أن قول محمد هو المختار . وجاء فى الشرنبلالية أن الباعث على ترجيح قول محمد هو كون الإمام معه . راجع فتح القدير ، جـ ٥ ، ص٢٤٧ . وابن عابدين ، جـ٤ ، ص١٥١ . والفتاوى الهندية ، جـ٣ ، ص ١٥٦ والدرر لملا خسرو ، جـ ٢ ، ص ١٧٨ .

(٢) البدائع ، جـ ٥ ، ص ٣٠٦ .

والجواب له : أن المساومة لا تجرى فى الإقالة . فحمل اللفظ على التحقيق بخلاف البيع[1] » .

وعندى ، أن اتجاه الفقه الحنفى إلى التساهل فى صيغة الإقالة ، وقبولها بلفظ الأمر ، ليس مرده فقدان الاستيام فى الإقالة فحسب ؛ بل يرجع أيضاً إلى اتجاه الفقه الإسلامى إلى تشجيع التقايل ، فقد ورد فى الحديث الشريف : « من أقال نادماً بيعته ، أقال الله عثرته يوم القيامة » .

٣٤١ — *صيغة الأمر فى التعاقد بين غائبين* : وعلى النقيض مما تقدم ، حيث يبدو الإمام محمد رضى الله عنه متشدداً فى صيغة الأمر فى عقد الإقالة ، نجده فى التعاقد ما بين غائبين ، يتساهل فى قبول صيغة الأمر فى الإيجاب . وهو فى هذا — إن كان يتفق مع جمهور الفقهاء الذين يسلمون بصلوح صيغة الأمر شطراً للعقد — يخالف الرأى السائد فى الفقه الحنفى ، الذى يرفض هذه الصيغة ، فى غير الأحوال الاستثنائية التى شرحناها سابقاً .

ولعل حجة الإمام محمد فى خروجه على إجماع الفقه الحنفى ، أن العلة التى يدور حولها رفض صيغة الأمر — وهى شبهة كونها للطلب والاستيام لا للجزم والبت — تتخلف فى التعاقد بين غائبين . ذلك أن المتعاقد فى هـذه الحالة الأخيرة ، لا يبعث بكتابه إلى الموجه إليه التعبير ، إلا بعد وصول إرادته إلى مرحلة الجزم والبت . فالـكتابة هنا هى أشبه ما تـكون بالشكلية ، التى تدفع العاقد إلى التروى والتبصر فيما يقدم عليه . وعليه فلا ضير على المشرع ، إذا اطمأن إلى صيغة الأمر وأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، واعتبرها قرينة لا تقبل الدليل العكسى على وجود الإرادة الباطنة .

جاء فى فتح القدير : « ولو كان المـكتوب « بعنيه بكذا » ، فـكتب : « بعتكه » لا يتم ما لم يقل الأول « قبلت » . وأما ما ذكر فى المبسوط ، لو كتب إليه « بعنى بكذا » ، فقال « بعته » يتم البيع ، فليس مراد محمد هنا من هذا سوى الفرق بين النكاح والبيع فى شرط الشهود ... وقيل بالفرق بين الحاضر والغائب فـ « بعنى » من

(١) ابن عابدين ، ج ٤ ، ص ١٥١ .

الحاضر يكون استياماً عادة . وأما من الغائب بالكتابة فيراد به أحد شطرى العقد[1] » .

٣٤٢ — **الاعتراض على موقف الأحناف من صيغة الأمر** : إن رفض الأحناف انعقاد العقود بصيغة الأمر كقاعدة عامة لم يصادف ارتياح بعض الفقهاء الأحناف الذين نادوا بوجوب تسويته مع غيره من الصيغ المقبولة ، وكان الكمال بن همام هو أول من نادى بهذا ، فقد جاء فى كتابه فتح القدير ، فى صدد تعليقه على قبول الأحناف الأمر فى استثناءاتهم المعروفة ، قوله : « وهذا أحسن ! لأن الإيجاب ليس إلا اللفظ المفيد قصد تحقق المعنى أولا ، وهو صادق على لفظة الأمر فليكن إيجاباً ![2] » .

وجاء فى رسالة نظرية العقد للأستاذ العدوى : «وقد جوز الأئمة الثلاثة . . . أن يقع لفظ الأمر إيجاباً . . . وهذا الرأى هو الذى ينبغى أن يؤخذ به ، فإن العقود ما شرعت إلا لمصلحة العباد ، وما كان كذلك ، فالمرجع فيه إلى عرف الناس وعاداتهم ما لم يصادم نصاً شرعياً ، ولا نص ها هنا يمنع من الانعقاد بلفظ الأمر ، وما ذكره الحنفية من أن الشارع لم يستعمل لفظ الأمر فى العقود دعوى تحتاج إلى دليل . ثم على فرض صحتها[3] فليس فيها دليل على منع الانعقاد بلفظ الأمر إذا تعارفه الناس[4] » .

المطلب الثانى

المتمحضات للاستقبال

٣٤٣ — المتمحضات للاستقبال ، نوعان : نوع أجمع الفقهاء على تمحضه للاستقبال . ونوع آخر كان موضع خلافهم .

(١) أما النوع الأول ، فهو المضارع المبدوء بالسين أو سوف .

وهذا النوع من الصيغ أجمع الفقهاء على عدم الاعتداد به ، وعلى اعتباره غير

(١) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٤٦٢ . وانظر أيضاً المبسوط ، جـ ٥ ، ص ١٦ .
(٢) فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٣٤٥ .
(٣) راجع ماسبق ، ف ٣٢٢ ، حيث أثبتنا استعمال الرسول صلى الله عليه وسلم صيغة الأمر .
(٤) نظرية العقد للعدوى ص ١٠ . انظر أيضاً الفقه الإسلامى للأستاذ عيسوى أحمد عيسوى ، ص ٣٨٤ .

صالح لأن يكون شطراً فى العقد . فقد جاء فى الفتاوى الهندية : « وأما ما تمحض للاستقبال كالمقرون بالسين وسوف ... فلا ينعقد به[1] » .

وجاء فى المادة ١٧١ من مجلة الأحكام العدلية : « صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد مثل سأبيع وسأشترى لا ينعقد بها البيع » .

(ب) أما النوع الثانى فهو صيغة الأمر وقد رأينا سابقاً أن الجمهور قد ذهب إلى تمحضها للحال ، بينما انفرد الأحناف فى اعتبارها متمحضة للاستقبال كقاعدة عامة .

٣٤٤ — والخلاصه إن الشارع يعتمد على اللفظ فحسب ، فى المتمحضات الزمنية للحال أو الاستقبال ، فهو يأخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، ولا يعتد فيها بالنية وسواء اتجهت هذه النية إلى التعاقد أم لم تتجه . فالتعبير فيها وحده هو العنصر الفعال .

على أن موقف المشرع ، إذا كان واحداً فى اعتماده على المظهر المحسوس فى هاتين الصيغتين ، فهو يختلف فى موقفه من آثارها . فهو فى المتمحضات للحال إيجابى ، يُعمِل آثارها ، معولا فى ذلك على الإرادة الظاهرة . أما فى المتمحضات للاستقبال فهو سلبى ، يهمل آثارها ولا يعملها ، وهو فى نفس الوقت يعول فى إهماله هذا على الإرادة الظاهرة .

والنتيجة اللازبة لذلك ، أن يمين صاحب التعبير فى المتمحضات للحال لا تجدى فى نفى الإرادة الباطنة . وهى فى المتمحضات للاستقبال غير مجدية فى إثبات هذه الإرادة ذلك أن هذه اليمين لا ترقى إلى هدم ما تنشئه الإرادة الظاهرة فى الحالة الأولى ، وهى عاجزة عن تحميل الإرادة الظاهرة ما لا تطيق فى الحالة الثانية .

جاء فى شرح الصاوى على الدردير : « فالماضى لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع به من غير نزاع ، ولا يقبل رجوعه ولو حلف . والأمر إنما يدل لغة على طلب البيع له ، فهو يحتمل الرضا به وعدمه ، ولكن العرف دل على رضاه به ، وحينئذ فيستوى مع الماضى ، ولا يقبل رجوعه عنه ، ولو حلف[2] » .

---

(١) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٤ .

(٢) شرح الصاوى على الدردير ، ج ١ ، ص ٣٣٥ .

المطلب الثالث

تطور نظرية الإرادة الظاهرة

فى المتمحضات للحال أو للاستقبال فى الفقه الإسلامى

٣٤٥ — نستطيع أن نركز ما انتهينا إليه فيما سبق فى القاعدتين الآتيتين :

(١) كل لفظ تمحض للحال ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، وينعقد به العقد .

(٢) كل لفظ تمحض للاستقبال ، يؤخذ فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا ينعقد به العقد . ونتساءل الآن إلى أين تسير هاتان القاعدتان ؟

§ ١ — منحى القاعدة الأولى

٣٤٦ — *محاولة الكمال بن همام* : لقد رأينا سابقاً أن الفقه الإسلامى كان يحمل فى منعطفات تطوره نزعة واضحة إلى التعويل على الإرادة الظاهرة ، دون الإرادة الباطنة . ورأينا أيضاً أن هذه النزعة كانت تدعوه إلى التذرع بكل قرينه ملموسة لقلب الصيغ المحتملة ، التى يعتد فيها بالإرادة الباطنة إلى صيغ متمحضة ، يعول فيها على الإرادة الظاهرة[(١)] .

وإذا ما رجعنا إلى الكتب الفقهية ، نجد أن جميع الفقهاء كانوا يستظلون بالنزعة الموضوعية ، ويسيرون فى ركابها ، لم يشذ منهم سوى فقيه واحد ، هو الفقيه الحنفى المحقق الكمال بن همام[(٢)] الذى نادى فى كتابه فتح القدير بوجوب العدول عن المعايير الموضوعية السائدة فى الصيغ العقدية فى الفقه الإسلامى ، والتى توجب الأخذ بالإرادة الظاهرة ، والاستعاضة عنها بمعايير ذاتية ، توجب الأخذ بالإرادة الباطنة .

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٣٢٣ ، ف ٣٢٥ .

(٢) جاء فى الفوائد البهية (ص ١٨٠): « ولد الكمال بن همام فى الإسكندرية عام ٧٨٨ هـ وكان والده قاضياً بسيواس من بلاد الروم . سلك فى أكثر تصانيفه مسلك الإنصاف لاسيما فى فتح القدير متجنباً التعصب المذهبى والاعتساف » . ولعل مرد عدم تعصبه يرجع إلى كون أمه مالكية المذهب . وروى عنه ابن عابدين (جـ ١ ، ص١٩) أنه كان يقول : « أنا لا أقلد أحداً فى المعقولات » .

وإليك ما قاله الكمال فى شرح الهداية موضحاً نظريته الجديدة الخطيرة ، التى تقضى بوجوب التعويل على النية دون الصيغة ، والاعتداد بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة .

جاء فى الفتح : « والمعنى هو المعتبر فى عقد البيع ألا يرى إلى ما قالوا ، لو قال « وهبتك أو وهبت لك هذه الدار أو هذا العبد بثوبك هذا » ، فرضى ، فو بيع بالإجماع . قالوا إنما قال فى هذه العقود احتراز عن الطلاق والعتاق ؛ فإن اللفظ فيهما يقام مقام المعنى . وأنت تعلم أن إقامة اللفظ مقام المعنى لها أثر فى ثبوت حكمه بلا نية ليس غير .

فإذا فارقت هـــذه العقود ذلك ، اقتضى أن لا يثبت بمجرد اللفظ بلا نية . فلا يثبت بلفظ البيع حكمه بلا نية ، إلا إذا أراده به .

وحينئذ فلا فرق بين « بعت » ، و « أبيع » ، فى توقف الانعقاد به على النية ، ولذا لا ينعقد بلفظ « بعت » هزلا .

فلا معنى لقوله ينعقد بلفظ المــاضى ، ولا ينعقد بالمستقبل ، ثم تقييده بما إذا لم ينو به .

فإنه ينعقد به ، فى الماضى وغيره ، بالنية ، **ولا ينعقد بالماضى وغيره بلا نية**[1] » .

٣٤٧ — **أولا** : إن الدعوة الخطيرة ، التى جاء بها الكمال بن همام فى هذا النص ، تعتبر بحق ثورة على ما تعارفه الفقهاء المسلمون من اعتداد بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة وهى تستند إلى دليلين :

الدليل الأول : يستند فيه الكمال بن همام إلى إجماع الفقهاء المسلمين على تكييف العقود على أساس مقاصد العاقدين ، طبقاً للقاعدة الشهيرة القائلة : « العبرة فى العقود المقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى[2] » . وهو يشير إلى أنه مادام الفقهاء يقبلون أى لفظ فى العقد يؤدى المعنى المطلوب — كما لو قال البائع للمشترى : «وهبتك هذا العبد

---

(١) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٦ .

(٢) المادة ٣ من مجلة الأحكام العدلية .

بثوبك هذا » ، فرضي . فإن الفقهاء فى هذه الحالة قد أجمعوا على اعتبار العقد بيعاً رغم عدم استعمال لفظ البيع . وما دام موقفهم هذا من حيث مضمون الصيغة يهدف إلى اعتبار الرضا قبل كل شيء ، فلا داعى إلى خروجهم عن هذه المرونة فى مجابهتهم لشكل هذه الصيغة الزمنى ، واشتراطهم صيغة زمنية معينة ينعقد بها العقد بدون نية ، وإهمالهم للصيغ الزمنية الأخرى إذا لم تقترن بالنية . إن تسليم الفقهاء المسلمين بانعقاد عقد البيع ، بأى لفظ يدل عليه ، كالتمليك والجعل والإعطاء ، واعتبار المعنى قبل كل شيء ؛ يستتبع فى نظر الكمال تسليمهم بانعقاد العقد بأى صيغة زمنية تستعمل فى العقد ، وهذا ما لم يسلم به هؤلاء الفقهاء أنفسهم ، فقد أهملوا النية فى بعض الصيغ ، وأعملوها فى الصيغ الأخرى . وهذا المسلك ، لا يتفق وما جرى عليه الفقهاء من مرونة فى تكييف الصيغ العقدية .

هذا ويرى الكمال ضرورة التفريق بين نوعين من التصرفات فى الفقه الإسلامى :

تصرفات شكلية — إذا صح هذا التعبير — يقوم فيها اللفظ مقام المعنى ، كالطلاق والعتاق ، وهى التى يثبت فيها الحكم ، بصرف النظر عن رضا صاحب التعبير .

وتصرفات رضائية ، وهى التى لا يقوم فيها اللفظ مقام المعنى كالبيع وغيره . ويكون المعنى (الرضا) فى هذه التصرفات هو المعتبر ، ولا يثبت الحكم فيها إلا إذا توافرت نية العاقد .

وهو يرى أنه لا وجه لإهمال النية فى هذه التصرفات الأخيرة ، ذلك لأنها محور التصرف : يقوم إذا توافرت ، وينهار إذا تخلفت بصرف النظر عن الصيغة الزمنية التى جاء بها التعبير . وينبنى على ذلك ضرورة هدم الحواجز التى أوجدها الفقه بين صيغ الماضى والمضارع والأمر والاعتداد فيها جميعاً بالإرادة الباطنة التى تنطوى عليها تماماً كما فعل الشارع فى عقد البيع حيث هدم الحواجز التى تفصل بين ألفاظ الجعل والتمليك والإعطاء والبيع واعتبرها جميعاً صالحة لانعقاد البيع .

الدليل الثانى : يستند فيه الكمال إلى بيان التعارض الملحوظ بين موقف الفقهاء من عقد الهازل — حيث يأخذون فيه بالإرادة الباطنة ويهدرون كلام العاقد لأنه

قاصد للسبب دون الحكم — وموقفهم من التعاقد بصيغة الماضي — حيث يأخذون فيه بالإرادة الظاهرة ، ويهدرون نية العاقد ، ولو لم تتجه إلى التعاقد .

ويرى أن السبيل إلى حل هذا التعارض هو فى إخضاع صيغة الماضي — عند مالا تتجه نية صاحبه إلى التعاقد — إلى نفس القاعدة التى يخضع لها الفقهاء عقد الهازل ، فيؤخذ فيها بالإرادة الباطنة ، وتهدر الصيغة ، ما دامت لا تعدو أن تكون درجة من درجات الهزل وما دامت إرادة العاقد فيها لا تتجه إلى إحداث الأثر .

٣٤٨ — مصير محاولة الكمال : يبدو أن الحل الذى جاء به الكمال بن همام ، للتوفيق بين هذين الاتجاهين المتعارضين ، قد استعصى على الفقه الإسلامى تقبله[1] . وهو مطلب يكاد يكون من المسير على هذا الفقه التسليم به ، وما ذلك إلا لأنه ينبو عن نزعته الموضوعية . ولهذا فقد ظل الفقهاء المسلمون يرددون المعايير الموضوعية ، ويقفون عند الصيغ « وهم فى ذلك غير غافلين عن أن العبرة فى التصرفات بالإرادة لا بالصيغة ، ولكنهم يستخلصون الإرادة من الصيغة ، لأن الإرادة التى يعتدون بها هى الإرادة الظاهرة لا الإرادة الباطنة ، وذلك حتى يستقر التعامل . وغنى عن البيان أن الصيغة إذا تمحضت لمعنى معين ، وجب الوقوف عند هذا المعنى باعتبار أنه هو الإرادة الظاهرة ، وليست الصيغة إلا قرينة على هذه الإرادة ، ولكنها قرينة لا تقبل إثبات العكس . ومن ثم بقيت صيغة الحال ينعقد بها العقد دون بحث فى النية ، وصيغة الاستقبال لا ينعقد بها العقد دون اعتداد بالنية كذلك... وبقى الفقهاء يواصلون ترديد هذه القواعد[2] » .

---

(١) وقد صرح فى معارضة الكمال الفقيه الحنفى ابن غانم المقدسى (توفى عام ١٠٠٤) فى كتابه « أوضح رمز على نظم الكنز » (ج ٣ ، ورقة ٥ — ٦ ، سطر ٤٨ مخطوط فى مكتبة الأزهر) إذ يقول : « قال الكمال . . . فإنه ينعقد به فى الماضى ، وغيره بالنية . ولا ينعقد بالماضى ، وغيره بلا نية . . . أقول : الفرق بين الماضى وغيره واضح . لأن الماضى تقرر وضعه للانشاء ، واشتهر ، فلم يعتبر معه إنكار النية ، والمضارع لما احتمل الوضع احتمالا غير مرجوح اعتبر معه إنكار النية وكذا قال فى القنية إنما يحتاج إلى النية إذا لم يكن أهل البلد يستعملون المضارع للحال ، فإذا كان كذلك كأهل خوارزم لا يحتاج إليها » .

(٢) مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٩٢ .

§ ٢ — منحى القاعدة الثانية

٣٤٩ — ظلت القاعدة الثانية التى قررها الفقه الإسلامى ، والقاضية بأن المتمحضات للمستقبل يؤخذ فيها بالإرادة الظاهرة ، موضع إجماع الفقهاء المسلمين[١]. ولعل مصدر هذا الإجماع هو عدم إقرار الفقهاء المسلمين لفكرة الوعد بالعقد التى أخذ بها الفقه المالكى فى حدود ضيقة[٢] وقد قضى أخيراً القانون المدنى العراقى باستبدال المعيار الذاتى الذى يعول فيه على الإرادة الباطنة بالمعيار الموضوعى السائد فى صيغة الاستقبال فى الفقه الإسلامى والذى يعول فيه على الإرادة الظاهرة .

فقد جاء فى المادة ٧٨ من القانون المدنى العراقى ما نصه : « صيغة الاستقبال التى هى بمعنى الوعد المجرد ، ينعقد بها العقد وعداً ملزماً ، إذا انصرف إلى ذلك قصد المتعاقدين » .

ويعتبر موقف القانون المدنى العراقى هذا من صيغة الاستقبال — التى أخرجها من حظيرة المتمحضات للاستقبال وعول فيها على الإرادة الباطنة — نقطة تحول خطيرة فى اتجاه الفقه الإسلامى ، إذا اعتبرنا هذا القانون امتداداً لأحكام الشريعة الإسلامية .

---

(١) يلاحظ أن الدكتور السنهورى قد أشار إلى أن الكمال بن همام قد دعا إلى إعمال الإرادة الباطنة فى الصيغة التى تتمحض للاستقبال ، فقد جاء فى مصادر الحق (ج ١ ، ص ٩١) : « فصاحب فتح القدير يحاول العدول عن المعايير الموضوعية التى وضعها الفقهاء ، وهى الصيغة التى تتمحض للحال والصيغة التى تتمحض للاستقبال ، وأن يجعل النية — أى الإرادة الباطنة — هى المعيار » . والواقع أن الكمال لم يدع إلى العدول عن المعايير الموضوعية فى الصيغة التى تتمحض للاستقبال . فهو لم يخرج فيها عن إجماع الفقه الإسلامى . وبقى يعتد فيها بالإرادة الظاهرة ويعتبرها غير صالحة لانعقاد العقد باعتبارها مجرد وعد . جاء فى فتح القدير (ج ٥ ، ص ٧٦) « ومثل الأمر المضارع المقرون بالسين ، نحو سأبيعك ، فلا يصح بيعاً ، ولا يتجوز به فى معنى بعتك فى الحال ، فإن ذكر السين يناقض إرادة الحال » .

(٢) يلاحظ هنا أن الفقيه الظاهرى ابن حزم قد رفض إقرار الوعد بالعقد بالاستناد إلى ظاهر الآية الكريمة : « ولا تقولن لشىء إنى فاعل ذلك غداً إلا أن يشاء الله » .

المبحث الثانى

الكنايات

٣٥٠ — يمتد الفقه الإسلامى بالإرادة الباطنة فى التعبيرات التى تكون الإرادة الظاهرة فيها غير واضحة . وتكون هذه الإرادة غير واضحة فى الحالات التى يكون فيها التعبير كناية . ونبحث فيما يلى مفهوم التعبير الكناية ثم نعرض لصورة له فى المحتملات للحال والاستقبال .

الفرع الأول

مفهوم التعبير الكناية(*)

٣٥١ — تعريفها : الكناية «لفظ يحتمل المراد وغيره ، فيحتاج فى الاعتداد به لنية المراد لخفائه ، فهو نية أحد محتملات اللفظ . لا نية معنى مغاير لمدلوله[1] » . وعرفت أيضاً بـ« أنها ما استتر مراده بحيث لا يفهم إلا بقرينة[2] » . كقول البائع :

---

(١) حاشية الشبراملسى على نهاية المحتاج ، جـ ٦ ، ص ٨٤ .

(٢) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٤٨ .

* الكناية عند أهل اللغة هى « أن يتكلم بشىء ويريد غيره (رد المحتار ، جـ ٢ ، ص ٤٤٠) أو هى « أن يتكلم بشىء يستدل به عن المكنى عنه كالرفث والغائط (حاشية الأزميرى على مرآة الأصول ، جـ ٢ ، ص ٦٥) . » .

وهى فى عرف البيانيين « أن يذكر لفظ ويراد معناه ، لا لذاته ، بل لينتقل منه إلى معنى ثان هو ملزوم للمعنى الأول ، ومتبوع له . . . فصح أن يقال فلان طويل النجاد ، قصداً به إلى طول القامة ، وإن لم يكن له نجاد أصلا ، بل وإن استحال المعنى الحقيقى ، كما فى قوله تعالى « والسموات مطويات بيمينه ، والرحمن على العرش استوى (حاشية الأزميرى) » .

وعرفها آخرون بأنها « لفظ أطلق ، وأريد به لازم معناه ، مع جواز إرادة ذلك المعنى (البلاغة الواضحة تأليف على الجارم ومصطفى أمين ، ص ١٢٥) » . وهى تنقسم باعتبار المكنى عنه إلى ثلاثة أقسام : فإن المكنى عنه قد يكون صفة ، كما لو قيل فى وصف جيد حسناء « أنها بعيدة مهوى القرط » ، وقد يكون موصوفاً ، كما لو قيل فى وصف قلب « أنه مجمع الأضغان » ، وقد يكون نسبة ، كما لو قيل فى وصف الشجاع « فى ثوبيه أسد » .

وهى فى عرف الأصوليين « ما استتر المراد به فى نفسه حقيقة أو مجازاً ، فالحقيقة التى لم تهجر ، والتى هجرت وغلب معناها المجازى فى الاستعمال كناية ، والمجاز المتعارف صريح ، وغير المتعارف كناية (حاشية الأزميرى) » .

جعلت لك هذه الضيعة وسلطتك عليها بكذا ، وكقول الأب فى الزواج : وهبتك إبنتى ، وكقول المطلق لامرأته : فارقتك واذهبى .

ويقابل الكناية الصريح ، وهو ما تبادر خصوص المراد منه لغلبة الاستعمال كصيغة بعت وزوجت وطلقت وهو ، كما مر معنا ، لفظ لا يفهم منه غيره عند الإطلاق ، وينكشف المراد منه فى نفسه .

٣٥٢ — **مظاهرها** : التعبير الكناية قد يكون لفظاً أو كتابة ، وقد يكون إشارة أو فعلاً .

(ا) فالتعبير عن الإرادة بالكتابة مثلا قد يوصف فى بعض الأحوال بأنه صريح أو كناية ، كما هو الحال فى الطلاق . فالأحناف يعتبرون الطلاق المكتوب تعبيراً صريحاً بينما يعتبره الشافعية تعبيراً كناية يفتقر إلى النية[1] .

(ب) والتعبير عن الإرادة بالإشارة ، تارة يكون صريحاً ، وطوراً يكون كناية . وهذا ما جرى عليه المذهب الشافعى ومعياره فى هذا التمييز هو فهم الرجل الوسط من الناس لمعنى الإشارة . فما كان منها فى مقدور هذا الأخير أن يفهمه ، عد تعبيراً صريحاً ؛ وما كان فى مقدور الرجل النبيه وحده أن يفهمه ، عد تعبيراً كناية[2] .

وجاء فى الأحوال الشخصية لأستاذنا الشيخ محمد أبى زهرة : « ويقوم مقام اللفظ الصريح إشارة الأخرس الدالة على الطلاق التى لا تحتمل سواه فى عرفه الذى يعلمه المتصلون به . فإن هذه الإشارة أقصى ما يمكنه أداء المعنى به ، فتعتبر بالنسبة له كاللفظ الصريح[3] » .

(ح) التعبير عن الإرادة بالأفعال ؛ قد يكون تعبيراً صريحاً ، وقد يكون تعبيراً كناية . فركوب الدابة مثلا هو تعبير عن الإرادة يفيد إجازة العقد ، إذا صدر من العاقد صاحب خيار الشرط أو خيار العيب . ولئن كان مؤدى هذا التعبير واحداً وهو

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٢١٦ ، ص ٢٠٧ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ٢٢٧ ، ص ٢١٦ — ص ٢١٧ .

(٣) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٢٩٢ .

إجازة العقد فى الخيارين ، فهو يحمل صفتين متغايرتين فيهما ، فهو فى الأول تعبير كناية يفتقر إلى النية ، بينما هو فى الثانى تعبير صريح لا يفتقر إلى النية[1] .

٣٥٣ — **حكمها** : حكم التعبير الكنائى أنه لا يجب العمل به إلا بالنية أو بقرينة تعين المراد وفيه قصور عن البيان اللازم[2] وفى هذا تختلف الكناية عن

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٢٤٠ ، ص ٢٣٠ .

(٢) ويلاحظ هنا أن الكناية لا تصلح ألبتة كدليل لإثبات الحدود فى العقوبات ، وللالزام فى الكفارات ، ذلك لأن كلا منهما يدرأ بالشبهة . فلو قال السارق « أخذت » يكون غاصباً ، ولا يقطع وكذا لا يحد حد القذف بنحو جامعت فلانة أو واقعتها . ولا يحد إذا أقر على نفسه بموجب إلى الحد بطريق الكناية أو التعريض (التعريض نوع من الكناية : وهو أن يذكر شيء يدل على شيء لم يذكر . كما لو قال : أنا لست كذا تعريضاً بأن المخاطب كذلك . راجع أصول الفقه للأستاذ أبى اليسر عابدين ، ص ١٠٠ وانظر مرآة الأصول ، ج ٢ . س ٦٨) .

وقد روى أن رجلا ادعى على آخر أنه أخذ ماله من بيته فأقر بـ « الأخذ » . فسئل الفقهاء بعصر هارون الرشيد ، فأفتوا بقطع يده . فقال أبو يوسف ، لا ، لأنه لم يقر بـ « السرقة » وإنما أقر بالأخذ . فادعى المدعى أنه سرق ، فأقر بها . فأفتوا بالقطع . فقال أبو يوسف ، لا ، لأنه لما أقر أولا بالأخذ صار غاصباً وثبت عليه الضمان ، فسقط القطع ، فلا يقبل إقراره بما يسقط الضمان عنه .

فإن قلت : لو قذف رجل رجلا بالزنا : فقال آخر : « هو كما قلت » حدا معاً . مع أن هذا تعريض لا يثبت به الحد . قالوا فى جوابه إن كاف التشبيه توجب العموم فى المحل الذى يحتمله ، حتى قلنا فى قول على رضى الله عنه : « إنما أعطيناهم الذمة لتكون دماؤهم كدمائنا وأموالهم كأموالنا » . أنه يجرى على العموم . بخلاف قول عائشة رضى الله عنها : « سارق أمواتنا كسارق أحيائنا » . لعدم احتمال المساواة والعموم ، لأجل التفاوت الصريح بينهما .

وإنما قلنا نحن مع الشافعى أنه لا يحد بالتعريض ، لأن الله سبحانه فرق بينهما ، أى بين حكم الصريح والتعريض . حيث حرم صريح خطبة المتوفى عنها زوجها فى العدة . وأباح التعريض فيها ؛ فقال : « ولا تواعدوهن سراً » وقال : « ولاجناح عليكم فيما عرضتم به من خطبة النساء أو أكننتم فى أنفسكم » . فإذا ثبت من الشارع نفى الإتحاد فى حكمهما فى غير الحد ، لم يجز أن يعتبر الإتحاد على وجه يوجب الحد المحتاط فى درئه .

راجع البدائع ، ج ٧ ، ص ٤٣ ، س ٢٨ . و ص ٤٢ ، س ١٦ ، و ص ٤٤ ، س ١١ ؛ وانظر بداية المجتهد ج ٢ ، ص ٤٣٢ ، س ١٠ ؛ وفتح القدير ، ج ٤ ، ص ١٩١ ، س ٨ ،

ويلاحظ من الأمثلة السابقة دقة الفقهاء المسلمين فى استخلاص الإرادة من اللفظ ، وإهمالهم للألفاظ التى لا تسفر بوضوح عن الإرادة الباطنة فى مجال الحدود . أما فى مجال التعبيرات التصرفية فلقد رأينا أن للفقهاء — فى موقفهم من الكناية — مسلكا مغايراً لما سبق ، وهو أقرب إلى الاطمئنان والإيجابية منه إلى الحذر والسلبية ، فهم يعملونها هنا عندما تحدد نية صاحب التعبير المراد منها ، او عندما تدل على هذه النية قرينة خارجية .

الصريح اختلافاً بيناً فلقد رأينا أن حكم الصريح يثبت بمين الكلام ومن غير توقف على نية أو قرينة كما مرّ .

٣٥٤ — **الوقت الذي يجب أن تقترن فيه النية بألفاظ الكناية** : عني الفقهاء المسلمون بوجه خاص ببيان الوقت الذي يجب أن تعاصر فيه النية لفظ الكناية ، ففي الأشباه والنظائر للسيوطي : « يجب اقتران النية بكل اللفظ . وقيل : يكتفى بأوله . . . ومعنى اقترانها بكل اللفظ أن يوجد جميع النية المعتبرة عند كل حرف منه . ومعنى الاكتفاء بأوله . أنه لا يجب استصحابها إلى آخره . ونظير ذلك : نية كناية الطلاق . وفيها الوجهان : قال في المنهاج : وشرط الكناية : اقترانها بكل اللفظ . وقيل يكفي بأوله . ورجح في أصل الروضة خلافهما ، فقال : ولو اقترنت بأول اللفظ دون آخره أو عكسه طلقت في الأصح . . . وفي الكواكب للأسنوي : إذا كتب : زوجتي طالق ، ونوى ، وقع الطلاق في الأصح . . . وإنما اشترطنا النية فيه لكونه غير ملفوظ به ، لا لانتفاء الصراحة فيه . . . وحينئذ فينوي الزوجة ، حين يكتب (زوجتي) والطلاق حين يكتب (طالق) . . . ونظير ذلك كنايات البيع وسائر العقود[1] » .

٣٥٥ — **نطاقها** : ليست المذاهب على اتفاق في صدد التعبيرات الكنائية فما يعتبره مذهب ما كناية قد يعتبره مذهب آخر صريحاً ، وقد يتطور اللفظ الواحد فينقلب من صريح إلى كناية أو العكس . ونورد فيما يلي نصاً من الفقه الشافعي يبين الحدود التي يأخذ فيها هذا الفقه بالكنايات ؛ ثم نعطي صورتين لاختلاف الفقهاء في الكنايات ؛ الأولى من النكاح والثانية من الطلاق .

جاء في الأشباه والنظائر للسيوطي : « قاعدة : قال الأصحاب : كل تصرف يستقل به الشخص ، كالطلاق ، والعتاق ، والإبراء ينعقد بالكناية مع النية كانعقاده بالصريح .

وما لا يستقل به ، بل يفتقر إلى إيجاب وقبول ضربان :

---

(١) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٢٤ ، س ٢٠ .

ما يشترط فيه الإشهاد كالنكاح ، وبيع الوكيل المشروط فيه ، فهذا لا ينعقد بالكناية ، لأن الشاهد لا يعلم النية .

وما لا يشترط فيه . وهو نوعان : مايقبل مقصوده التعليق كالكتابة ، والخلع ، فينعقد بالكناية مع النية .

ومالا يقبل ، كالإجارة والبيع وغيرهما وفى انعقاد هذه التصرفات بالكناية مع النية . وجهان أصحهما : الانعقاد[1] » .

٣٥٦ — ويلاحظ أن الشافعية يخالفون الأحناف فى انعقاد النكاح بالكناية . والأحناف بدورهم مختلفون فى هذا . فالبعض منهم يمنع انعقاد النكاح بالألفاظ الدالة على تمليك الأعيان فى الحال بعوض ، ولو قصد بها معنى الزواج ، وقامت القرينة الدالة على المجاز . والبعض الآخر يجيزه . « وحجة المجيزين فى ذلك المذهب أن اللفظ إذا اقترن بما يدل على إرادة الزواج ، وهو يفيد ملك العين التى تقتضى حل المتعة ، كان مستعملا فى الحقيقة فى معنى الزواج ، فيجوز . وحجة المانعين أن حقيقة البيع وما يشبهه تخالف حقيقة الزواج . فلا يستعمل لفظه فيه[2] » .

ويبدو أن الأحناف المجيزين لانعقاد النكاح بالكناية يعتبرون ذكر المهر فى النكاح نائباً عن النية — سيراً مع نزعتهم فى عدم التعويل عليها فى كل ظرف يتسنى فيه الاعتماد على بديلها ؛ ومنهم من يتساهل فلا يشترطها لا أصالة ولا نيابة . وقد استشكل الكمال هذا التساهل . وإليك ما جاء فى فتح القدير فى هذا الصدد :

قال الكمال : « وله [الشافعى] أيضاً ، أن الشهادة شرط فى النكاح والكناية لابد فيها من النية ، ولا اطلاع للشهود عليها .

قال فى شرح الكنز : قلنا ليست شرطاً مع ذكر المهر .

وذكر السرخسى أنها ليست بشرط مطلقاً لعدم اللبس ، كقولهم للشجاع « أسد » . وكما إذا حلف لا يأكل من هذه « النخلة » ، فإنه ينصرف إلى المجاز من غير نية ، ولأن كلامنا فيما إذا صرحا به ولم يبق احتمال .

---

(١) السيوطى ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٤ . وجاء فى نهاية المحتاج للرملى ، جـ٣ ، ص٦ : « ينعقد البيع بالكناية مع النية ... فى الأصح مع احتمالها قياساً على نحو الكتابة والخلع » .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص٣٧ — ٣٨ .

ويشكل بأن الحكم بالمجاز يستدعى أمرين : أحدهما : انتفاء قرينة تدل على إرادة غير ذلك المعنى المجازى ... والآخر : وجود قرينة تفيد إرادة المعنى المجازى[1] » .

٣٥٧ — ونورد فيما يلى صورة أخرى عن اختلاف الفقهاء فى الكنايات نستمدها من كنايات الطلاق كألفاظ « أنت علىَّ حرام » أو « محرمة » أو « حرمتك على نفسى » وهى تصور إلى حد كبير مرونة التعبيرات الكنائية وعدم ثباتها .

(ا) المذهب الحنفى : يرى المتأخرون من الأحناف أن هذه الألفاظ هى صرائح فى الطلاق البائن ، لتعارف هذه الصيغة فى التطليق ، بينما يرى المتقدمون منهم أنها كنايات ؛ لأن معنى الحرمة المنع ، فهى تحتمل منع الزوجة عن الخيرات أو المعاصى ، وتحتمل منعها عن متع الزواج بطريق الطلاق البائن بينونة صغرى أو كبرى ، أو بطريق الظهار أو الإيلاء ، وتحتمل الكذب فى نسبة التحريم إليها ، لأنها فى الواقع حلال ، فإن نوى إحدى البينونتين أو الإيلاء أو الظهار ثبت ما نوى ، وإن نوى الكذب بطل الحلف .

وإن لم ينو شيئاً انصرفت إلى الإيلاء . وهذا مذهب أبى بكر ، وعمرو بن مسعود ، وعائشة ، والحسن البصرى ، وعطاء ، وطاووس ، وابن المسيب ، وسعيد بن جبير ، وابراهيم النخعى ، وأصحابه ، وغيرهم .

(ب) ومذهب المالكية ، أنها كنايات ظاهرة لا تحتاج إلى نية ، واختلفوا فى الواقع بها ، فقيل ثلاث تطليقات فى كل حال . والمشهور أنه إن كان مدخولا بها فثلاث ، وإلا فينوى ، فإن أراد البينونة الصغرى أو الكبرى لزمه .

(حـ) ومذهب الشافعى ، أنه طلاق رجعى ، أو ظهار إن نوى واحداً منها . وإن نوى مجرد التحريم أو لم ينو شيئاً فعليه كفارة يمين . وهو مذهب الزهرى وطاووس . وعن الشافعية أنه صريح بناء على تعريفه بأنه ما اشتهر عرفاً فى الطلاق .

(د) ومذهب أحمد ، فى إحدى الروايات عنه وإسحاق بن راهويه أنه صريح فى الظهار .

---

(١) فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٣٤٧ ، س ٢٧

(هـ) ومذهب الظاهرية أنه باطل .

ويقول الأستاذ أحمد فهمى أبو سنة : «إن هذه المسألة كثر النزاع فيها بين الخلف والسلف حتى أربت مذاهبها على الثمانية عشر[1] » .

وينتهى الأستاذ أبو سنة ، إلى ترجيح رأى الأحناف المتأخر ، معولا فى ذلك على العرف فيقول : « وبهذا يترجح مذهب الحنفية ، ويقال بعد ذلك إذا لم يجر العرف بالتطليق بهذه الألفاظ ، كانت كناية ، لايقع الطلاق بها إلا بالنية ، أو دلالة الحال ؛ كما هو مذهب المتقدمين ؛ وإذا تعورفت فيه وقعت طلقة بائنة بلا نية ، إلا أن ينوى الثلاث ، كما هو رأى المتأخرين . فالاحتكام فى المسألة أولا وآخراً إلى العرف[2] » .

٣٥٨ — انقلاب التعبير الكنائى إلى تعبير صريح : قد يصبح التعبير الكنائى تعبيراً صريحاً وقد يحدث العكس ، فينقلب التعبير الصريح إلى تعبير كناية ، والعامل المؤثر فى هذا الانقلاب قد يكون العرف وقد يكون القرائن .

٣٥٩ — دور العرف فى تصريح الكنايات : إذا رجعنا إلى تعريف كل من الكناية والتصريح نجد أن للعرف وغلبة الإستعمال الدور الأهم فى التميز بين هذين النوعين من الصيغ . فالعرف هو الذى يضع الخط الفاصل بين صرائح الصيغ وكناياتها . ونحن إذا ما رجعنا إلى المثال السابق ، نلمس بوضوح دور العرف فى تطور نظرة الأحناف إلى صيغة « انت على حرام » بين متقدمى فقهائهم ومتأخريهم . ويكاد العرف يمثل هذا الدور الهام لدى جميع المذاهب[3] فلقد جاء فى « العرف والعادة فى رأى الفقهاء » للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة : « ن كل ما تعورف فى الطلاق يقع بلا نية عند الحنفية والمالكية وأحد رأيين للشافعية[4] » .

ويقول الإزميرى : « إن منشأ الاستتار فى الكناية ليس قصد المتكلم الاستتار بل قلة الاستعمال ، كما أن منشأ الظهور فى الصريح كثرة الاستعمال . والاستتار ، وإن

---

(١) العرف والعادة فى رأى الفقهاء للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٥١ .

(٢) المرجع السابق .

(٣) انظر اختلاف الفقهاء فى كنايات الطلاق فى فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٠٢ — ص ٢٠٩ .

(٤) « العرف والعادة » للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٥٠ .

كان يقصد لأغراض صحيحة ، لكنه لا يصلح منشأ للكناية . لأن المعنى المراد — متى استتر بقلة الاستعمال — يكون اللفظ كناية ، سواء قصد المتكلم استتاره ، أو لم يقصد — ومتى لم يستتر بكثرة الاستعمال — يكون صريحاً وإن قصد المتكلم استتاره ؛ لأن قول لزوج « أنت بائن » كناية وإن لم يقصد استتاره[1] » .

ويقول ابن القيم : « وعلى هذه القاعدة [اعتبار العوائد] تخرج أيمان الطلاق والعتاق وصيغ الصرائح والكنايات . فقد يصير الصريح كناية يفتقر إلى النية ، وقد تصير الكناية صريحاً تستغني عن النية[2] » .

وقال صاحب الفتح : « والعرف هو الموجب لثبوت الصراحة[3] » .

ولعلنا نجد فى استناد الشارع إلى العرف وغلبة الاستعمال ، فى إهماله للإرادة الباطنة وإعماله للإرادة الظاهرة ، خير ماينبىء عن صلة هذه الإرادة الأخيرة بالعنصر الاجتماعى ، الذى ترتكز عليه . فما لاشك فيه ، أن غلبة استعمال لفظ مابين قوم يولد فى نفوسهم ثقة به ، واطمئناناً إلى فحواه ؛ وأن هذه الثقة لتهيب بالشارع إلى تبلير فهم الجماعة لهذه الإرادة الظاهرة ، ومنحها درجة من الثبات تتناسب واطمئنان المجتمع إليها وثقته بها . ولاشك أن فى إبعاد نية صاحب التعبير عن مجال تحديد هذه الإرادة — كما لسنا ذلك فى كلام الإزميرى — هو خير ما يبعد التزعزع عن هذا التعبير ، وخير ما يؤول إلى استقرار التعامل بين الأفراد فى المجتمع[4] .

هذا وإذا كان للعرف أن يرتفع بالكنايات المحتملة لمعانى متعددة إلى مصاف الصرائح المنحصرة فى معنى وحيد ؛ فلقد سبق أن رأينا ، إبان بحثنا للمتمحضات للحال ، أن هذا العرف نفسه هو الذى كان له الفضل فى نقل المحتملات للحال

---

(١) حاشية الإزميرى على مرآة الأصول ، ج ٢ ، ص ٦٦ — ٦٧ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٦٧ . راجع ماسبق ، ص ٣٠٧ .

(٣) فتح القدير آخر بحث الإيلاء .

(٤) « إذا أخذ القاضى بمبدأ الإرادة الظاهرة ، فهو لا يكون ملزماً أن يتحسس الإرادة الداخلية فيما تجنه سريرة المتعاقدين ، بل هو يقف عند المظهر الخارجى للتعبير عن الإرادة ، فيفسره تفسيراً إجتماعياً لانفسياً ، مستنداً فى ذلك إلى العرف الجارى وإلى المألوف فى التعامل (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٦ — ٣٧) » .

والاستقبال الزمنية إلى مصاف المتمحضات للحال ، كما هو الحال فى صيغة المضارع ، التى نقلها العرف لدى أهل خوارزم إلى مصاف المتمحضات للحال ، وجعلها على صعيد واحد مع صيغة الماضى[1] .

٣٦٠ — **دور القرائن فى تصريح الكنايات** : لسنا نقصد من إمكانية تصريح القرائن للكنايات أن هذه الكنايات تنقلب إلى صرائح فى حقيقة الأمر . وإنما نقصد من التصريح ، التصريح الفعلى ، لا الاسمى . ذلك أن الكناية تبقى محتفظة بماهيتها ، طالما أن العرف لم يمد يده إليها لكى ينقلها إلى مصاف الصرائح . وإنما تنوب القرائن فيها ، فى هذه الحالة ، عن اليمين فى تحديد أحد محتملاتها ، مع ممارستها فى نفس الوقت لنفس الامتيازات التى يتمتع بها التعبير الصريح فى حدود ذاك الظرف الخارجى الذى أحاط بها . فيتعلق الحكم عندها بهذه الكناية مقرونة بالقرينة المصاحبة لها ؛ فكأن الكناية قد انقلبت إذن من حيث المخبر إلى تعبير صريح — ما دام الحكم قد تعلق بها مقرونة بالقرينة المرافقة ، ولم يستند البتة إلى نية صاحب التصرف ، التى حل العرف محلها فى تحديد أحد محتملات اللفظ — وإن كانت من حيث المظهر ظلت كناية ، لعدم اعتراف العرف بها كتعبير صريح .

فدور القرينة يقتصر إذن على تحديد أحد محتملات اللفظ ، وهو نفس الدور الذى تقوم به اليمين حال تجرد الكناية عن القرينة . ولئن كان الشارع ، فى هذه الحالة الأخيرة ، يأخذ بالإرادة الباطنة لصاحب التصرف . فهو فى الحالة الأولى يأخذ ، على ما نعتقد ، بالإرادة الظاهرة ، ما دام قد اعتمد على المظاهر الملموسة ، دون البواطن النفسية ، وما دام التعبير لا يقتصر على اللفظ ، وإنما يشمل ما يرافقه من ظروف مقارنة .

ولقد اعتبر ابن نجيم حلول القرينة محل اليمين قاعدة أساسية . قال فى أشباهه : « والمذاكرة إنما تقوم مقام النية فى القضاء[2] » . ونورد فيما يلى مثالين من المذهب

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٣٢٥ ، ص ٣٢٢ وانظر أيضاً نصوصاً قوية فى هذا المعنى سبق أن استعرضناها عند تعليلنا الأخذ بالإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى ، أنظر ماسبق ، ف ٣٢٣ ، ص ٣١٧ .
(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ج ١ ، ص ٣٩ ، س ١ .

الحنفى عن التفويض ، والطلاق ، إيضاحاً لهذه القاعدة .

٣٦١ — (١) قال الكاسانى : « وأما شرائط صيرورة الأمر بيدها فشيئان أحدهما : نية الزوج الطلاق ، لأنه من كنايات الطلاق ، فلا يصح من غير نية الطلاق ، ألا ترى أنه لا يملك إيقاعه بنفسه من غير نية الطلاق ، فكيف يملك تفويضه إلى غيره من غير نية الطلاق ، حتى لو قال الزوج : ما أردت الطلاق يصدق . ولا يصير الأمر بيدها ، لأن هذا التصرف يحتمل الطلاق ، ويحتمل غيره . إلا إذا كان الحال حال الغضب والخصومة ، أو حال مذاكرة الطلاق . فلا يصدق فى القضاء لأن الحال تدل على إرادة الطلاق ظاهراً ، فلا يصدق فى العدول عن الظاهر[1] » .

٣٦٢ — (ب) وأما الطلاق، فلمعرفة دور القرائن فيه ، فلابد من تفصيل كنايات الطلاق والأحوال المرافقة لها .

أما ألفاظ الكناية فهى ثلاثة أنواع :

(١) ما يصلح جواباً لطلب الطلاق ، ولا يصلح شتما ، مثل (اعتدى) .

(٢) ما يصلح جواباً وشتما ، ولا يصلح رفضاً لطلب الطلاق ، مثل (خليه ، برية ، بتلة) .

(٣) ما يصلح جواباً لطلبها الطلاق ورفضاً له ، مثل (أخرجى ، إذهبى ، قومى) .

ويلاحظ أن احتمال إرادة الطلاق فى الألفاظ السابقة يتدرج من القوة إلى الضعف حسب ترتيبها . فهو فى النوع الأول أقوى منه فى النوع الثانى ، وهو فى هذا النوع أقوى منه فى النوع الثالث . ويبدو أن احتمال إرادة الطلاق فى هذا النوع الأخير ، قد بلغ من وهنه حداً ، لا يقوى معه أى ظرف خارجى على تحديد المراد من اللفظ . وغنى عن القول أن الصرائح لا يخالطها أى احتمال ولذلك فهى لا تفتقر إلى نية أو أى ظرف خارجى فى تحديد مدلولها .

ويلاحظ أن لهذا التدرج فى قوة أنواع الكناية ، مساساً فى التدرج الذى سنراه

---

(١) البدائع ، جـ ٣ ، ص ١١٣ ، س ١٦ .

فى نطاق قوة الظروف الخارجية المصاحبة لهـا . وتبدو آثار هذه العلاقة ، فى مدى حلول الظروف الخارجية محل النية فى تحديد مدلول هـذه الـكنايات . فـكلما ازداد حظ الـكناية من الضعف ، ازداد تطلبها إلى ظرف خارجى ، يكون على مستوى من القوة ، بحيث يساعدها فى الاستغناء عن نية صاحبها فى تحديد مدلولها . فالنسبة بينها هى نسبة عكسية .

أما الظروف الخارجية ، التى تحيط عادة بصاحب التصرف عند استعماله ألفاظ الـكناية فى الطلاق ، فهى لا تخرج عن أحد الأحوال الآتية :

(أ) حال مذاكرة الطلاق . (٢) حال الغضب . (٣) حال الرضا .

ونستبعد هنا الحالة الثالثة ، لأن الـكناية فيها تخضع للقاعدة العامة ، من حيث وجوب توافر الإرادة الباطنة لتحديد المراد منها وينحصر بحثنا فى الحالتين الأولى والثانية . ويلاحظ أن الظرف الخارجى فى الحالة الأولى ، هو أقوى فى الدلالة على إرادة الطلاق منه فى الحالة الثانية . وعلى هذا فنحن إذا قابلنا بين ذينك النوعين وهذين الظرفين نجد :

(١) أن نوع الـكناية الذى تبهت فيه إرادة الطلاق (مثل خليه ، بتلة ، بريه) . تمس فيه الحاجة إلى ظرف خارجى يشتد فيه وضوح هذه الإرادة (كظرف مذاكرة الطلاق) ، لـكى يكون فى مقدور هذا الظرف ، أن يغنى الشارع عن تطلب نية صاحب التعبير لتحديد مدلول مراده . وينبنى على ذلك أن الظرف الخارجى الأضعف ؛ (كالغضب) لا يغنى عن النية فى هذه الـكنايات .

(٢) وأن النوع الذى يشتد فيه وضوح إرادة الطلاق (كتعبير اعتدى) يكفى فيه الظرف الخارجى الأضعف (كالغضب) ، لتحديد مدلول هذه الـكناية ، وهو عند ذلك يكمل هذه الإرادة ، ويغنى الشارع عن تطلب نية صاحب التعبير لتحديد مدلول مراده . وينبنى على ذلك أن الظرف الخارجى الأقوى (كمذاكرة الطلاق) يغنى عن النية فى هذا النوع من باب أولى .

٣٦٣ — على أننا يجب أن نلاحظ أن دور القرينة فى تحديد أحد محتملات الـكناية ليس واحداً لدى الفقهاء .

في المثال المتقدم مثلا ، لم يكن الفقهاء على اتفاق ، فيما يتعلق بإمكانية حلول القرينة محل الإرادة الباطنة في تحديد أحد محتملات كنايات الطلاق . والأحناف على ما يبدو ، ومعهم بعض الحنابلة ، هم أميل إلى الاعتداد بالقرائن ، أما الفقهان المالكي والشافعي ، فنجد لديهما ميلا ظاهراً إلى الاعتداد بالإرادة الباطنة ، دون القرائن . وتظل هذه القرائن المصاحبة للتعبير قاصرة عن الدلالة على إرادة صاحبه ، وعاجزة عن الرقي به إلى مصاف التعبير الصريح ، كما هو الحال في الفقهين الحنفي والحنبلي . ويقول أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة في هذا الصدد :

« والمذهب الحنفي يقول : إن الطلاق بالكناية ، إن كانت دلالة الحال تبين معنى الطلاق ، يقع من غير نية ، إذ الحال تعتبر قرينة مثبتة أن المراد باللفظ الطلاق ، وتجعله دالاً عليه . فإن لم تكن الحال كافية للدلالة على إرادة الطلاق ، بل تجعل دلالته عليه احتمالية ، فان الطلاق يقع ، إن وجدت النية . وعلى ذلك لا يشترط المذهب الحنفي في وقوع الطلاق بألفاظ الكناية النية دائماً بل يكتفي في بعض الأحوال بدلالة الحال ، وفي بعضها لا يكتفي بها ، ويشترط النية .

هـذا رأى الحنفية ومعهم بعض الحنابلة ، ورأى الشافعي ومالك أن ألفاظ الكناية لا يقع بهـا الطلاق إلا بالنية ، ولا عبرة لدلالة الحال ، وذلك لأن هذه الألفاظ لم توضع للدلالة على تلك الحقيقة الشرعية ، ولم تعين في العرف للدلالة عليها ، فلا تقع دالة على الطلاق إلا إذا استعملها المتكلم مجازاً في هذا المعنى ، وذلك بقصده الطلاق بها ، وقيام القرينة الدالة على ذلك فلا يتحقق المجاز إلا بالقصد إليه ، وذلك بالنية ، فلا يقع الطلاق بها من غير نية[1] ».

٣٦٤ — هـذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السوري بمذهب مالك والشافعي . فقد نص في مادته ٩٣ على أن الطلاق « يقع بالألفاظ الكناية التي تحتمل معنى الطلاق وغيره بالنية[2] » .

---

(١) الأحوال الشخصية ، قسم الزواج للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٢٩٢ — ٢٩٣ . ونشير هنا إلى أن ابن حزم والشيعة الجعفرية ومن ذهب مذهبهم لا يعتدون بكنايات الطلاق مطلقاً ،

(٢) أنظر أيضاً المادة ٤ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المطبق في الإقليم الجنوبي للجمهورية العربية المتحدة .

وعلى ذلك إذا سدر من الزوج لفظ من ألفاظ الـكناية ، فادعت الزوجة عليه أنه طلقها بهذا اللفظ ، لصدوره عنه ، واعترف هو بصدوره ، ولـكن أنكر إرادة الطلاق ، يكون القول قوله بيمينه ، فيحلف أنه ما أراد بهذا اللفظ الطلاق ، فإن نـكل عن اليمين ، صدقت فى دعواها إرادة الطلاق باللفظ ، وحكم بصدق دعواها فى الطلاق[1] .

ونحن نرى أن القانونين السورى والمصرى ، حسناً فعلا ، فى اعتمادها على مذهبى مالك والشافعى ، والاعتداد فى بيان مراد الـكناية على نية صاحبها ، لإسهامها فى الإقلال من حوادث الطلاق — وهو أبغض الحلال إلى الله — ما أمكن ![2] .

٣٦٥ — **تطور نظرية الإرادة الباطنة فى الـكنايات** : رأينا فيما سبق أن للعرف دوراً هاماً فى تصريح الـكنايات ؛ ورأينـا إلى جانب ذلك ، عند بحثنا لدور القرائن فى تحديد مدلول الـكنايات ، أن الشارع الإسلامى ، تارة يرتاب فى اليمين كعنصر إثبات ويؤثر عليها القرائن ، وطوراً يركن إليها كما هو الحال فى المذهبين المالـكى والشافعى .

---

(١) كتاب الأحوال الشخصية للمرحوم الأستاذ أحمد ابراهيم ، ص ٢٥٤ .

(٢) ويبدو ميل الفقه الحنفى إلى الإعتماد على القرائن ، والارتياب باليمين كوسيلة للاثبات ، فى غير حالات الـكناية ، كما فى شراء الوكيل للموكل ، فقد اتفق أئمة المذهب الحنفى على رفض يمين الوكيل فى إثبات الشراء لنفسه ، وأحلوا محلها قرائن أخرى ظاهرة ، اعتدوا بها لإثبات نية هذا الوكيل ، وهى مصدرية المال الذى شرى به الوكيل . فان كان هذا المال يعود للموكل كان الشيء له ، وافترضت نية شراء الوكيل للموكل . وإن كان المال للوكيل ، افترضت نية شراء الوكيل لنفسه . وهكذا تحل هذه القرائن الظاهرة ، محل نية الوكيل ، ولا يقوى يمين الوكيل على إثبات خلافها .

جاء فى البدائع (ج ٦ ، ص ٣١ ، س ٦) : « وأما الوكيل بشراء شيء بغير عينه . إذا اشترى يكون مشترياً لنفسه ، إلا أن ينويه للموكل . وجملة الـكلام فيه . أنه إذا قال : « اشتريت لنفسى » وصدقه الموكل ، فالمشترى له . وإذا قال الموكل : « اشتريته لى » وصدقه الوكيل ، فالمشترى الموكل ؛ لأن الوكيل بشراء شيء بغير عينه يملك الشراء لنفسه ، كما يملك الموكل ، فاحتمل شراؤه لنفسه ، واحتمل شراؤه لموكله ، فيحكم فيه التصديق ، فيحمل على أحد الوجهين بتصادقهما .

ولو اختلفا فقال الوكيل : اشتريته لنفسى . وقال الموكل : بل اشتريته لى . يحكم فيه الثمن . فان أدى الوكيل الثمن من دراهم نفسه ، فالمشترى له . وإن أداه من دراهم موكله ، فالمشترى لموكله ؛ لأن الظاهر نقد الثمن من مال من يشترى له ، فـكان الظاهر شاهداً للثمن ، فـكان صادقاً فى حكمه » .

هذا ، وإذا شئنا أن نحدد منحى الفقه الإسلامى فى تطويره للكنايات ، كان علينا
بحث عن القوة ، التى تدفع الكنايات فى تطورها وتوجيهها الوجهة التى تصبو
ا . وهذه القوة التى ألممنا إليها ، هى فى نظرنا ليست سوى العرف ، ذلك أن
رف هو الذى استطاع ، كما رأينا ، أن يقلب الكنايات إلى صرائح معنىً ومبنىً .

ومن هذا نستدل ، على أن الفقه الإسلامى يسير نحو المزيد من الصرائح —
الك أن العرف قلّ أن يقلب الصريح إلى كناية — أو إن شئت فقل ، إنه فى اعتماده
على العرف ، وهو معيار موضوعى ، يدعو إلى المزيد من الأخذ بالإرادة الظاهرة فى
العقود ، ويؤكد ما سبق أن قررناه فى مطلع هذه الرسالة ، من أن النزعة السائدة
فى الفقه الإسلامى ، هى النزعة الموضوعية .

الفرع الثانى

المحتملات للحال والاستقبال

٣٦٦ — رأينا سابقاً أن معيار الفقه الإسلامى فى الصيغ المتمحضة للحال
أو للاستقبال — على اعتبار أنها من الصرائح — هو معيار موضوعى يقضى بالاعتداد
بالإرادة الظاهرة .

ونتكلم هنا فى الصيغ العقدية المحتملة للحال والاستقبال ونقرر بادىء ذى بدء أن
المعيار المعول عليه فى هذا النوع من الصيغ — باعتبارها من الكنايات — هو معيار
ذاتى يقضى بالاعتداد بالإرادة الباطنة. ونتكلم فيما يلى عن نطاق هذه المحتملات وتطورها.

المطلب الأول

نطاقها

٣٦٧ — نستطيع أن نقرر مقدماً ، أن كل ما لم تضمه زمرة المتمحضات للحال
أو الاستقبال التى أشرنا إليها سابقاً هو من الصيغ المحتملة للحال والاستقبال . وعليه
يدخل فى هذه الزمرة : المضارع ، والجمل الاسمية المحتملة فى الرأى السائد فى الفقه
الإسلامى ، والأمر لدى بعض المالكية .

٣٦٨ — **المضارع** : فى الفقه الإسلامى آراء ثلاثة حول الاعتداد بصيغة المضارع[1] (١) رأى موسع يعتد بها . (٢) رأى مضيق يهملها . (٣) رأى متوسط يقتصر على إعمالها فى عقد البيع .

٣٦٩ — **الرأى الموسع** : يذهب هذا الرأى إلى صلوح الفعل المضارع كتعبير تعاقدى فى جميع العقود إذا صاحبته نية الحال . وقد قال بهذا الرأى الطحاوى وصاحب تحفة الفقهاء ، وهو الرأى الأصح . ونورد فيما يلى النصوص الفقهية فى هذا المعنى : جاء فى العناية : « ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضى والآخر المستقبل . . . وقيل هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الحال ، وأما إذا كان المراد ذلك ، فينعقد البيع ، وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء ، وشرح الطحاوى[2] » .

وفى تبيين الحقائق : « ألا ترى إلى ماقاله فى شرح الطحاوى . ثم عقد البيع تارة ينعقد بلفظين ، وتارة ينعقد بثلاثة ألفاظ . فأما الذى ينعقد بلفظين ، نحو أن يكون لفظ المتعاقدين على الماضى أو على الإيجاب فى الحال . . .

وأما الإيجاب فنحو أن يقول البائع : « أبيع منك هذا العبد بألف درهم » ، وأراد به إيجاب البيع فى الحال ، وقال المشترى « قبلت » أو « اشتريت[3] » .

وفى مجمع الأنهر : « وفى التحفة باللفظين الماضيين ينعقد بدون النية ، وأما بصيغة المستقبل ، لا ، إلا بالنية . قال صاحب القنية : وهـذا الفقه ، وهو أن الشرع حعل

---

(١) يبدأ المضارع عادة بأحد حروف « أنيت » . ونعتقد أن المضارع الذى يبدأ بحرف الياء لايصلح أن يكون إيجاباً ، لأن الإيجاب تعبير متلق ومن شرائطه ، كما رأينا ، أن تتوافر فيه نية التوجيه إلى المخاطب . أما المضارع المبدوء بحرف التاء فهو يصلح فى نظرنا إيجاباً . كما لو قال شخص الآخر : تشترى منى هذا الكتاب بجنيه . فلو قال الآخر : قبلت ، انعقد العقد . ووجهه أن الإيجاب وهو « بعت » مضمر فى قول البائع ومعناه « تشترى منى فإنى بعت » وذلك قياساً على الفرع الذى ننقله فيما يلى عن الفتاوى الهندية (جـ ٣ ، ص ٣) « ولو قال لآخر : « اشتريت منى هذا الشىء بكذا » وقال الآخر « اشتريته » ولم يقل هو « بعت » ... ينعقد لأن « بعت » مضمر فى قول البائع . ومعناه : « اشتريت فإنى بعت » كذا فى المحيط ، وهو المختار ، كذا فى مختار الفتاوى » .

(٢) العناية شرح الهداية على فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٥ .

(٣) تبيين الحقائق للزيلعى ، جـ ٤ ، ص ٤ .

الإيجاب والقبول علامة الرضا والإخبار عن الحال ، أدل على الرضى وقت العقد من الماضى[1] » .

وفى الفتاوى الهندية : « وينعقد بالماضى بلا نية وبالمضارع بها على الأصح ، كذا فى البحر الرائق ، فإذا قال البائع : « أبيع منك هذا العبد بألف » أو أبدله أو أعطيكه وقال المشترى : « اشتريته منك » أو آخذه ، ونويا الإيجاب للحال ، فإنه ينعقد ، وإن لم ينو لا ينعقد ، هكذا فى القنية[2] » .

وفى البحر الرائق : « (البيع ينعقد بإيجاب وقبول) . . . ماضيين أو حالين كما فى الخانية . لكن ينعقد بالماضى بلا نية ، وبالمضارع بها على الأصح ، كذا فى البدائع. وهو المراد بقول بعضهم أنه ينعقد فى المستقبل بالنية[3] » .

وفى البدائع : « وأما صيغة الحال ، فهى أن يقول البائع للمشترى : « أبيع منك هذا الشيء بكذا » ونوى الإيجاب ، فقال المشترى : اشتريت ، أو قال المشترى : « أشترى منك هذا الشيء بكذا » ونوى الإيجاب . أو قال البائع : « أبيعه منك بكذا » وقال المشترى : أشتريه ، ونويا الإيجاب ، يتم الركن ، وينعقد . وإنما اعتبرنا النية ههنا ، وإن كانت صيغة أفعل للحال ، هو الصحيح ؛ لأنه غلب استعمالها للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ، فوقعت الحاجة إلى التعيين بالنية[4] » .

وفى حاشية أبى السعود : « فذكر فى النهر ما نصه . ولم يقيد الإيجاب والقبول بالمضى ، لأنه ينعقد بالمضارع ، لكن بالنية فى الأصح[5] » .

٣٧٠ — **مسوغات الاعتداد بصيغة المضارع** : الأصل المتفق عليه لدى الفقهاء المسلمين ، أن صيغة أفعل هى للحال عند الإطلاق . ولقد أتى الكاسانى بأسس ثلاثة — عرفى وشرعى ولغوى — لحالية المضارع ، قال : « ومن هذا القبيل قول الرجل

---

(١) مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر ، ج ٢ ، ص ٤ .

(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٤ .

(٣) البحر الرائق ، ج ٥ ، ص ٢٦٤ .

(٤) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٥) حاشية أبى السعود ، ج ٢ ، ص ٥٢٢ ، س ٢٤ .

« كل مملوك لى فهو حر » ويقع على ما فى ملكه فى الحال ... وكذا إذا قال « كل مملوك أملكه » ولا نية . لأن صيغة « أفعل » وإن كانت تستعمل للحال والاستقبال . لكن عند الإطلاق يراد به الحال عرفاً ، وشرعاً ، ولغة .

أما العرف : فإن من قال « فلان يأكل أو يفعل كذا » يريد به الحال ، أو يقول الرجل : « أنا أملك ألف درهم » يريد به الحال .

وأما الشرع : فإن من قال : « أشهد أن لا إله إلا الله » يكون مؤمناً ، ولو قال : « أشهد أن لفلان على فلان كذا » يكون شاهداً : ولو أقر أن : « لفلان علىّ كذا » صح إقراره .

وأما اللغة : فإن هذه الصيغة موضوعة للحال على طريق الأصالة ؛ لأنه ليس للحال صيغة أخرى ، وللاستقبال السين وسوف ، فكانت ... أصلا فيها ، والاستقبال دخيلا ، فعند الإطلاق يصرف إلى الحال .

ولو قال : « عنيت به ما استقبل ملكه » عتق ما فى ملكه للحال ،وما استحدث الملك فيه ، لما ذكرنا أن ظاهر هذه الصيغة للحال ؛ فإذا قال « أردت به الاستقبال » ، فقد أراد صرف الكلام عن ظاهره ، فلا يصدق فيه ، ويصدق فى قوله : « أردت ما يحدث ملكى فيه فى المستقبل » فيعتق عليه بإقراره[1] » .

وقال الكمال بن همام : « والحق أن المراد بالمستقبل الذى ينعقد به بنية الحال ، هو المضارع ... والمختار أنه موضوع للحال[2] » .

وقال البابرتى : « والفعل المضارع عند الفقهاء، حقيقة فى الحال على ما عرف[3] » .

على أن هذا الأصل الذى قرره الفقهاء قد خرجوا عنه فى الصيغ العقدية . وكان الباعث لهم على هذا الخروج ، كما صرح به الكاسانى ، هو غلبة استعمال المضارع للاستقبال ، إما حقيقة أو مجازاً ؛ ولقد كان من نتائج تردد صيغة « أفعل » بين حظيرة الحال — حيث وضعت له فى الأصل — وحظيرة الاستقبال — حيث قد غلب

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ٦٧ ، س ٧ .
(٢) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٦ .
(٣) العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ٧٥ .

استعمالها فيه حقيقة أو مجازاً — إن دعت الضرورة إلى اقترانها بنية صاحب التعبير للحال ، لتثبيتها فى مجاله . ولكى تنبيء عن إرادة باتة فى التعاقد .

وإليك ما قاله الكاسانى فى هذا الصدد : « وإنما اعتبرنا النية ههنا ، وإن كانت صيغة أفعل للحال ، هو الصحيح لأنه غلب استعمالها للاستقبال إما حقيقة أو مجازاً ، **فوقعت الحاجة الى التعيين بالنية** [1] . » [2] .

٣٧١ — **الرأى المضيق** : يذهب أصحاب هذا الرأى إلى عدم صلوح صيغة أفعل كتعبير تعاقدى ، حتى ولو كان مقروناً بنية الحال . وقد أشار إلى هذا الرأى المحيط وشارح القدورى وصاحب التحرير [3] .

٣٧٢ — **الرأى المتوسط** : قال به صاحب العناية البابرتى ، وهو يذهب إلى أن المضارع يعتد به مع النية فى عقد البيع فقط ، أما فى غير البيع فهو مرفوض وسواء قارنته النية أم فارقته . ويلاحظ أن رأى البابرتى هو أدنى إلى الرأى المضيق منه إلى الرأى الموسع ، ذلك لأن الأصل عنده أن العقد لا ينعقد بالمضارع وقد استند فى تسويغ رأيه هذا إلى الحجج الآتية :

أولا : إن الآثار الواردة عن الرسول صلى الله عليه وسلم تفيد أن الرسول الأعظم صلى الله عليه وسلم كان مقتصراً فى عقوده على صيغة الماضى .

ثانياً : إن « النية إنما تعمل فى المحتملات لا فى الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة فى الحال على ما عرف ، فهو إذن لا يحتاج إلى نية ولا ينعقد به العقد » .

ثالثاً : إن لفظ المضارع ، إن كان من جانب البائع ؛ كان عدة لا بيعاً . وإن كان من جانب المشترى ، كان مساومة .

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٣٣ .

(٢) ويلاحظ أن لهذا الاحتمال أثراً هاماً فى تقدير عقوبة القذف . جاء فى البدائع ج ٧ ، ص ٤٣ ، س ٣٠ « ولو قال لرجل « أنت تزنى » لاحد عليه ، لأن هذا اللفظ يستعمل للاستقبال ويستعمل للحال ، فلا يجعل قذفاً مع الاحتمال .

(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ١٠ .

جاء فى العناية : « (ولا ينعقد بلفظين ، أحدهما الماضى ، والآخر لفظ المستقبل) وإنما لا ينعقد بذلك لأن النبي صلى الله عليه وسلم استعمل فيه لفظ الماضى ، الذى يدل على تحقق وجوده ، فكان الانعقاد مقتصراً عليه .

ولأن لفظ المستقبل ، إن كان من جانب البائع ، كان عدة لا بيعاً ، وإن كان من جانب المشترى ، كان مساومة .

وقيل ، هذا إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلا بدون نية الإيجاب فى الحال . وأما إذا كان المراد ذلك ، فينعقد البيع . وأسند ذلك إلى تحفة الفقهاء وشرح الطحاوى . ثم قيل فى تعليله : لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال فصحت بالنية . وقيل : لأن هذا اللفظ وضع للحال ، وفى وقوعه للاستقبال ضرب تجوز . وفيه بحث .

لأن المذكور لفظ المستقبل ، وهو إنما يكون بالسين أو سوف . وهو لا يحتمل الحال ، ولا وضع له ، فإن أراد الشيخ من لفظ المستقبل ذلك ، فلا خفاء فى عدم انعقاد البيع به ، ونية الحال غير صحيحة لعدم مصادفتها المحل .

وإن أراد ما يحتمل الاستقبال ، وهو صيغة المضارع ، فيجوز أن يقال أنه لم يقل بالجواز به ، وإن كان بالنية .

لأنها إنما تعمل فى المحتملات لا فى الموضوعات الأصلية ، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة فى الحال على ما عرف ، فلا يحتاج إلى النية . ولا ينعقد به . لما مر من الأثر والمعقول[1] » .

هذا وإذا كان لأنصار الرأى الأول المجيز لانعقاد العقد بصيغة أفعل أن يسلموا مع البابرتى بأن المضارع هو حقيقة فى الحال ، وأن النية التى اشترطوها هى لمجرد دفع احتمال العدة ، فللبابرتى أن يجيبهم ، بأن التسليم بأن المضارع هو حقيقة فى الحال ، يتنافى مع افتقاره إلى النية ، لأن هذا الافتقار هو من شأن المجاز الذى يحتاج إليها لنفى إرادة الحقيقة ، لا من شأن الحقيقة التى لا تحتاج إلى نفى إرادة المجاز . وإليك ما ذكره البابرتى فى مناقشة رأى المخالفين :

قال : « لا يقال سلمنا أنه حقيقة فى الحال ، لكن النية إنما هى لدفع المحتمل ،

(١) شرح العناية على الفتح ، ج ٥ ، ص ٧٥ .

وهو المدة ، لا الإرادة الحقيقية ، لأن المعهود أن المجاز يحتاج إلى ما ينفى إرادة الحقيقة لا أن الحقيقة تحتاج إلى ما ينفى إرادة المجاز — على أنه دافع للمعقول دون الأثر[1] » .

وبعد أن يقرر البابرتى رفض المضارع من حيث المبدأ ، حتى ولو صاحبته النية . وبعد أن يناقش رأى المجيزين ، يجد أن نص الطحاوى — وهو فقيه حنفى له مكانته — يشير صراحة إلى قبول المضارع فى عقد البيع إذا صاحبته النية . ويظل هذا المسلك ، الذى انتهجه الطحاوى حجة للمجيزين ، لا يجد أمامه البابرتى محيصاً من التزحزح عن منعه لانعقاد العقد بصيغة أفعل ، فيقدم على قبول هـذه الصيغة فى عقد البيع فقط ، مستنداً فى ذلك إلى تفسير رأى الطحاوى تفسيراً لا يخلو فى رأينا من التكلف. وإليك ما قاله فى هذا الصدد :

« فإن قيل : فما وجه ما ذكر فى شرح الطحاوى ؟ فالجواب أن يقال : المضارع حقيقة فى الحال فى غير البيوع · والحقيقة الشرعية فيها هو اللفظ الماضى . والمضارع فيها مجاز فيحتاج إلى النية[2] » .

ويبدو مؤدى رأى البابرتى عندئذ ، أن الحقيقة الشرعية فى البيوع هـو اللفظ الماضى فقط .

أما المضارع فهو مجاز ، فيحتاج إلى النية لنفى إرادة الحقيقة ، شأنه فى ذلك شأن كل مجاز .

ونحن لسنا نوافق البابرتى على تضييقه ولقد أثبتنا سابقاً خطأ ما ذهب إليه من أن الرسول كان يقتصر على استعمال الماضى[3] .

٣٧٣ — **الأمر** : سبق أن أشرنا عند بحثنا للمتمحضات للحال أن الرأى السائد فى الفقه الإسلامى على اعتبار صيغة الأمر متمحضة للحال ونشير هنا أن ثمة قولا روى عن مالك يذهب إلى اعتباره محتملا للحال والاستقبال شأنه شأن الفعل

---

(١) المرجع السابق .

(٢) العناية على فتح القدير ، ج ٥ ص ٧٥ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٣٠٢ .

المضارع . ويلحظ هنا أن الفقيه المالكي الدسوقي تارة يذهب إلى ظنية الأمر وطوراً إلى قطعيته كما يشير إلى ذلك النصان التاليان :

جاء في حاشية الدسوقي : « والمضارع : إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ، قبل قوله ، وإلا لزم .

أما الأمر : فهل هو كالماضي ، وهو قول مالك وابن القاسم في غير المدونة ، أو كالمضارع ، وهو قول ابن القاسم في المدونة ؟

ولكن الأرجح أن عليه اليمين ، لأنه قول ابن القاسم في المدونة[1] » .

وجاء أيضاً : « فالماضي ، لما كان دالا على الرضا من غير احتمال ، انعقد البيع به من غير نزاع . والأمر كـ « بعني » إنما يدل لغة على الأمر بالبيع له ، أو التماسه منه ، إلا أنه محتمل لرضاه به ، وعدمه ، لكن العرف دل على رضاه به . وحينئذ فيستوى الأمر مع الماضي[2] » .

٣٧٤ — الصيغ الاسمية المحتملة : الصيغ الاسمية المحتملة هي الصيغ الخبرية التي لا تتضمن فعلا والتي لا تفيد إرادة ثابتة في الإيجاب ، كقول البائع : « سلعتي بمائة دينار » ، جواباً على سؤال المشتري : « بكم سلعتك ؟ » .

وقد سبق أن أشرنا ، عند بحثنا المتمحضات للحال إلى أن الصيغ الاسمية المحتملة ، قد تنقلب إلى صيغ اسمية متمحضة للحال ، إذا ما رافقتها بعض القرائن[3] . ونضيف هنا ، أن هذه القرائن ليست على درجة واحدة في نظر الفقهاء .

فما يعتبره فقيه قرينة صالحة لرفع الصيغة الاسمية الظنية إلى مرتبة الصيغه الاسمية القطعية ؛ قد لا يراه فقيه آخر كذلك .

فقد جاء في المدونة الكبرى : « قال سألت مالكا عن الرجل يقف بالسلعة في السوق ، فيأتيه الرجل . فيقول : « بكم سلعتك هذه ؟ » فيقول « بمائة دينار » .

---

(١) حاشية الدسوقي على شرح الدردير ، ج ٣ ، ص ٣ — ٤

(٢) المرجع السابق .

(٣) راجع ما سبق ، ف٣٣٧ ، ص ٣٣٦.

فيقول : قد أخذتها ، فيقول الرجل : لا أبيعك . وقد كان أوقفها للبيع . أترى أن هذا يلزمه ؟ .

قال : قال مالك : يحلف بالله الذى لا إله إلا هو ، ما ساومه على الإيجاب فى البيع ، ولا على الإمكان ، وما ساومه إلا على كذا وكذا ، لأمر يذكره غير الإيجاب . فإذا حلف على ذلك ، كان القول قوله ؛ وإن لم يحلف لزمه البيع[1] » .

وفى شرح الحطاب : « وأما الألفاظ المحتملة ، فلا يلزم البيع بها بمجردها ، حتى يتنزل بها عرف أو عادة ، أو ما يدل على البيع ؛ مثل أن يقول المبتاع : « بكم ؟ » فيقول البائع : « بدينار » فيقول : قبلت . فيقول البائع : لا أبيعك .

فإن كان فى سوق تلك السلعة ، فروى أشهب يلزمه البيع .

وروى ابن القاسم يحلف ما ساومه على البيع ، ولا يلزمه[2] » .

وهانحن نرى من المثالين السابقين ، أن مالكا وابن القاسم لا يعتبران قرينة الوقوف فى السوق ، كافية لرفع الجملة الاسمية المحتملة ، إلى مصاف الجملة الاسمية القطعية ؛ بل تظل فى نظرهما محتملة ، ويتطلبان اليمين لدعمها . أما أشهب فيبدو أكثر تساهلا منهما ، فهو يعتبر هذه القرينة كافية لقطعية الإيجاب إذا اقترن بها ، وللأخذ فيه بالإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة .

المطلب الثانى

تطور نظرية الإرادة الباطنة فى المحتملات

٣٧٥ — نستطيع أن نستخلص مما تقدم أن الفقه الإسلامى كان يسير فى تطوره نحو الاطمئنان إلى المحتملات كأداة صالحة لإبرام العقد .

(ا) فلقد بدأ هذا الفقه ، على ما نعتقد ، حاظراً التعاقد بصيغة المضارع ؛ يشهد على ذلك ما جاء فى المتون الفقهية الشهيرة ، وبعقد البيع بصورة خاصة ، حيث يبدو الفقهاء أكثر تشدداً فى ذلك منهم ، فى عقد النكاح .

(١) المدونة الكبرى ، ج ١٠ ، ص ٥١ .
(٢) شرح الحطاب على سيدى خليل ، ج ٤ ، ص ٢٢٩ — ٢٣٠ .

فلقد جاء فى مختصر القدورى : « ينعقد بالإيجاب والقبول إذا كانا بلفظ الماضى[١] » وفى الهداية : « ولا ينعقد بلفظين أحدهما الماضى ، والآخر بلفظ المستقبل[٢] » . وفى الكنز : « ويلزم بإيجاب قبول[٣] » . وقيدهما العينى شارح الكنز بصيغة الماضى[٤] .

وفى مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر : « وينعقد بإيجاب وقبول بلفظ الماضى[٥] » . وفى المبسوط : « وانعقاد هذا البيع بلفظين هما عبارة عن الماضى . . . ولو كان أحد اللفظين عبارة عن المستقبل ... لا ينعقد البيع عندنا[٦] » .

وإلى جانب ما تقدم ، نجد فى هامش ابن عابدين نصاً يصرح فيه بأن صاحبى التحرير ، والمحيط ، وشارح القدورى ، يمنعون التعاقد بصيغة المضارع كما مر[٧] .

(ب) ويبدو أن الفقهاء المسلمين ، بدءوا يشعرون بوطأة قيد اشتراط الماضوية فى صيغة العقد ، فأخذوا يتحللون منه ، عن طريق السماح بإبرام العقد بصيغة المضارع ، إذا ما اقترن بنية الحال . وكان شارح الطحاوى أول من قال بهذا النظر .

(حـ) ويبدو أن الفقهاء قد اتخذوا مسلكين من نظرية الطحاوى : فمنهم من استجاب لها ، وأول ما فى المتون الشهيرة تأويلا يتفق ومؤداها . ومنهم من وقف منها موقف الحذر فلم يقبلها إلا بقدر ، وآثر الإخلاص إلى المتون التى هى بين يديه . وهذا هو صنيع البابرتى ، الذى اجترأ على قبول هذا التساهل فى حدود عقد البيع ، كما مر .

والظاهر أن الرأى الأول ، هو الذى ساد فيما بعد . ولعلنا نلمس آثار هذه السيادة ، فى نص البدائع ، الذى قرر لأول مرة فى تاريخ المتون ، أن الإيجاب والقبول قد يكون بصيغة الماضى ، وقد يكون بصيغة الحال[٨] .

(١) الجوهرة النيرة ، جـ ١ ، ص ٢٢٥ ، س ١١ .
(٢) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٥ ، س ٤ .
(٣) تبيين الحقائق، جـ ٤ ، ص ٣ ، س ٢ .
(٤) راجع العينى شرح الكنز ، جـ ٢ ، ص ٢ ، س ٥ .
(٥) مجمع الأنهر ، جـ ٢ ، ص ٢ ، س ٢١ .
(٦) المبسوط ، جـ ١٢ ، ص ١٠٨ ، س ٢٣ .
(٧) راجع ابن عابدين ، جـ ٤ ص ١٠ وما سبق ص ...
(٨) البدائع ، جـ ٥، ص ١٣٣

(ى) ولعل الفقه الإسلامى قد وصل إلى ذروة تطوره فى نظرته إلى صيغة المضارع ، عند ما سمح لهذه الصيغة ، وشريطة تحقق بعض الظروف ، أن تكون على قدم المساواة مع صيغة الماضى بأن اعتد فى كليهما بالإرادة الظاهرة ، وهذا ما أقره الفقهاء المسلمون لأهل خوارزم الذين تعارفوا استعمال هذه الصيغة للحال .

هذا ، وإننا لنجد فى تأسيس الفقه الإسلامى للصيغة العقدية ، على معيار العرف ، فى هذه المرحلة الأخيرة فوزاً كبيراً للمرونة فى الصناعة الفقهية الإسلامية ، ودحضاً قاطعاً لشبهة الجمود والتضييق التى أراد البعض أن يلصقها بالصيغ العقدية فى الفقه الإسلامى . وإليك ما قاله أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة فى هذا الصدد :

« وترى من هذا ، أن الفقهاء يبدون بادىء الرأى متشددين فى أن تكون صيغ العقود بألفاظ ماضية ، ثم إذا سرنا معهم فى تعليل الفكرة ، وجدناهم متحللين من ذلك التقييد ، بله التشدد فيه ، إلى إجازة العقود بالعبارات الدالة من غير تقييد بألفاظ ماضية ، أو صيغ خاصة ، ما دام العرف يقدر دلالتها ، والنية مقترنة بها ، ومعها ما تحمل فى ثناياها من إرادة ورغبة فى العقد فى الحال[1] » .

٣٧٦ — بقى أن نقول إن الفقه الإسلامى قد سار فى تطوره إلى الإقلال من المحتملات وذلك عن طريق قلب التعبيرات المحتملة إلى تعبيرات متمحضة للحال ، فى الأحوال التى لا تدع القرينة المصاحبة شكا فى دلالتها على الرضا .

ولعل الدافع الذى حدا بالفقه الإسلامى إلى هذا الاتجاه هو نزعته الموضوعية التى تدعوه إلى الحذر من اليمين لإثبات الإرادة الباطنة فى المحتملات[2] ، وطرحها فى كل حالة يتسنى له فيها تلمس الإرادة الباطنة عن طريق آخر كلفظ « الآن » ، والوقوف بالسلعة فى السوق ، وظروف الزواج .

---

(١) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٢٠١ — ٢٠٢ .

(٢) جاء فى شرح الحطاب (ج ٤ ، ص ٢٣٢) : « وإن أتى بصيغة المضارع فكلامه محتمل ، فيحلف على ما أراده » وفى حاشية الدسوقى على شرح الدردير (ج ٣ ص ٣ — ٤) « والمضارع إن حلف من أتى به أنه لم يرد البيع أو الشراء ، قبل قوله ، وإلا لزم » . وفى هامش الصاوى على شرح الدردير (ج ٣ ص ٣) « والمضارع يحتمل الحال والاستقبال ولم يكن فى العرف دالا على الرضا ، فيقبل الرجوع فيه باليمين » .

الفصل الثالث

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

٣٧٧ — درسنا فيما سبق نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى من خلال زاويتين : زاوية النظرية العامة للملة ، وزاوية نظرية التعبير الصريح . وتبينا منهما مدى اعتداد الفقه الإسلامى بالعنصر الظاهر فى المظنة بوجه عام ، وبالعنصر المادى فى التعبير الصريح بوجه خاص . وقلنا إن الأصل أن يعتد الشارع فى الصرائح بالإرادة الظاهرة . ونمضى هنا فى دراسة هذا الأصل من زاوية الأحكام الوضعية فى حالات الاختلاف بين التعبير والإرادة ، لكى نتعرف على مدى نشاط كل من التعبير والإرادة فى التصرف القانونى عند ما ينفصم شطراه ، عسانا نلقى بالنتائج التى سنصل إليها ضوءاً جديداً على ما انتهينا إليه ، وعسانا ندرك بهذه النتائج الجديدة التنظيم الفقهى الإسلامى إدرا كا دقيقاً ، دون ترك أى من تفاصيله ، ودون التقيد بأية فكرة سابقة .

ونبحث فيما يلى : (١) حالات الخلاف . (٢) النظرية العامة .

المبحث الأول

حالات الخلاف بين التعبير والإرادة

٣٧٨ — ليس التلازم بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة بتلازم ضرورى ، بل قد ينفك أحدهما عن الآخر . وهذا الانفكاك قد يكون وليد انعدام الإرادة أصلا ، وقد يكون قصدياً ، وقد يكون غير قصدى .

ونبحث فيما يلى هذه الحالات الثلاث :

(١) حالات انعدام الإرادة .

(٢) حالات الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة .

(٣) حالات الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة .

الفرع الأول

حالات انعدام الإرادة

٣٧٩ — إن أظهر مواطن الاختلاف بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية تبدو فى أحوال انعدام التمييز ، حيث تنفرد الإرادة الظاهرة فى عالم الحس ، وتنعدم الإرادة الحقيقية أو تحجب فى عالم النفس ، إما لانعدام التمييز الحقيق ، كما فى حالتى المجنون والصبي غير المميز . وإما لانعدام التمييز الحكمى ، كما فى أحوال النائم والمغمى عليه والسكران .

هذا ولقد انعقد إجماع الفقهاء المسلمين على إبطال التصرفات الصادرة من المجنون والصبي غير المميز والنائم والمغمى عليه ، ولعل سندهم النقلى فى هذا الإبطال هو الحديث الشريف : « رفع القلم عن ثلاث : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن المجنون حتى يفيق ، وعن الصبي حتى يكبر[١] . »

وعلل الشاطبي إبطالها بقوله : « الأحكام إنما تتعلق بالأفعال والتروك بالمقاصد ، فاذا عريت عن المقاصد ، لم تتعلق بها . والدليل ماثبت من عدم اعتبار الأفعال الصادرة من المجنون ، والنائم ، والصبي ، والمغمى عليه . وأنها لا حكم لها فى الشرع بأن يقال فيها : جائز ، أو ممنوع ، أو واجب ، أو غير ذلك . كما لا اعتبار بها من البهائم[٢] »

ووصف التفتازانى كلام النائم بأنه « بمنزلة ألحان الطيور ، وأنه ليس بخبر ولا إنشاء ، ولا يتصف بصدق ولا كذب[٣] » .

٣٨٠— **السكران** : وقف الفقهاء من تصرفات السكران موقفين : فمنهم من مال إلى إهدارها أسوة بتصرفات النائم والمغمى عليه ممن انعدم تمييزهم حكماً . ومنهم من مال إلى التفصيل مميزاً — بالاستناد إلى اعتبارات غير تعاقدية — بين حالة السكر بمحرم حيث تعتبر تصرفات السكران صحيحة ، وحالة السكر من أجل التداوى حيث تعتبر تصرفاته باطلة عملا بالقاعدة التى تقضى بإبطال تصرفات من انعدم تمييزهم حقيقة

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٢٤ .

(٢) الموافقات للشاطبى ، ج ١ ، ص ١٤٩ .

(٣) التلويح على التوضيح ، ج ٢ ، ص ١٦٩ .

أو حكما . ويلاحظ هنـا أن تصحيح تصرفات السكران فى الحالة الأولى ليس هو على سبيل حماية استقرار التعامل وطمأنينته بل على سبيل زجر صاحب التصرف الذى أقدم على معصية بتعاطيه المسكر .

وإليك أدلة الفريقين كما جاءت فى البدائع : « وأما السكران إذا طلق امرأته . فان كان سكره بسبب محظور بأن شرب الخمر أو النبيـذ طوعاً حتى سكر وزال عقله ، فطلاقه واقع عند العلماء وعامة الصحابة رضى الله عنهم .

وعن عثمان رضى الله عنه أنه لايقع طلاقه ، وبه أخذ الطحاوى ، والـكرخى ، وهو أحد قولى الشافعى .

وجه قولهم : أن عقله زائل ، والعقل من شرائط أهلية التصرف لما ذكرنا ولهذا لايقع طلاق المجنون والصبى الذى لا يعقل ، والذى زال عقله بالبنج والدواء . وكذا هذا ، والدليل عليه أنه لاتصح ردته ، فلأن لا يصح طلاقه أولى .

ولنا:عموم قوله عز وجل «الطلاق مرتان» إلى قوله سبحانه وتعالى : «فإن طلقها فلا تحل له من بعد حتى تنـكح زوجاً غيره» ، من غير فصل بين السكران وغيره إلا ما خص بدليل ، وقوله عليه السلام : « كل طلاق جائز إلا طلاق الصبى والمعتوه » . ولأن عقله زال بسبب هو معصية ، فينزل قائماً عقوبة عليه وزجراً له عن ارتـكاب المعصية . ولهذا لو قذف إنساناً أو قتل يجب عليه الحد والقصاص وأنهما لا يجبان على غير العاقل ، دل على أن عقله جعل قائماً للزجر والردع كمن قتل مورثه إنه يحرم من الميراث ، ويجعل المورث حياً زجراً للقاتل وعقوبة عليه ، بخلاف ما إذا زال بالبنج والدواء ، لأنه ما زال بسبب هو معصية[1] »

فمناط هذا التفصيل لدى هذا الرأى الأخير لا يستند ، كما ترى ، إلى اعتبارات فنية تتصل بتوافر العنصر الإرادى أو انعدامه وإنما هى تتصل باعتبارات مصلحية لا شأن لمجال التعاقد بها[2] .

---

(١) البدائع ، ج ٣ ص ٩٩ .

(٢) ولم يرق هذا التفصيل لبعض الباحثين ، فقد دعا الدكتور محمد يوسف موسى إلى إهمال هذه الاعتبارات المصلحية التى لا تمت بصلة إلى المجال التعاقدى والاعتداد بالاعتبارات الفنية التى =

٣٨١ — هذا وقد آثر المشرع السورى الأخذ بعدم التفصيل ، سواء فى نطاق القانون المدنى أو فى نطاق قانون الأحوال الشخصية . فقد جاء فى المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى : « يكون التعبير عن الإرادة باطلا ، إذا صدر من شخص وهو فى حال غيبوبة ، أو هو مصاب باضطراب عقلى ولو كان الاضطراب وقتياً ، بحيث يكون هذا الشخص فاقد التمييز » . ولقد كان يقصد من هذا الحكم ، كما جاء فى المذكرة الإيضاحية إلى مواجهة حالات الاضطراب العارض التى لا تكفى لفقد الأهلية ، وإن استتبعت فقد الإرادة ، ما بقى الاضطراب قائماً .

وجاء فى الفقرة الأولى من المادة ٨٩ من قانون الأحوال الشخصية السورى : « لا يقع طلاق السكران ولا المدهوش ولا المكره[١] » .

هذا ويستند إلغاء طلاق السكران إلى مذاهب الأئمة الثلاثة المالكى والشافعى وأحمد[٢] .

الفرع الثانى

الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة

٣٨٢ — الاتفاق بين التعبير والإرادة يمكن أن ينفصم بصورة مقصودة فى أحوال ثلاث :

(١) التعبير الحكائى . (٢) التحفظ الذهنى . (٣) الصورية .

= تقضى بوجوب الاعتداد بإرادة السكران الباطنة وإهمال تصرفاته أسوة بحالات انعدام التمييز الأخرى فهو يقول بهذا الصدد (الأموال ونظرية العقد ، ف ٤١٢ ، ٢٨٨) :

« ونحن نذهب إلى عدم صحة عقود السكران ، وإن كان سكره بمحرم ، لأنه لا يدرى ما يقول ، فهو إذاً لا يقصده ولا يريده ، ذلك شرط فى العقود ، لما أن أساسها هو التراضى ، ولأن — وهذه ناحية أخرى — للسكر جزاءه الدنيوى ، لو أقمنا شريعة الله وحدوده ، والأخروى أيضاً ، فلا نجد معنى لتحميل من يقترف هذا الإثم جزاء آخر تضطرب به العقود والمعاملات بين الناس »

ويرد على المؤلف أنه اعتبر تصحيح عقود السكران داعية إلى « اضطراب العقود والمعاملات بين الناس . » وأنه لهذا الاعتبار رفض الرأى القائل به ودعا إلى إبطال عقوده . والواقع أن تصحيح عقود السكران يدعو إلى استقرار المعاملات لا إلى اضطرابها لأنه يستند إلى إعمال الإرادة الظاهرة التى يطمئن إليها الناس فى تعاملهم ولعل الرأى الذى ذهب إليه المؤلف هو نفسه الذى يدعو إلى هذا الاضطراب وإن كان يحقق من ناحية أخرى احترام الإرداة الحقيقية التى أعطاها المؤلف اعتباره الأول

(١) راجع المادة الأولى من المرسوم ٢٥ الصادر فى مصر عام ١٩٢٩ التى تنص على عدم وقوع طلاق السكران .

(٢) الأحوال الشخصية ، للاستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٢٧ ، ص ٢٨٦ .

المطلب الأول

التعبير الحكائى (*)

٣٨٣ — قد تقال الكلمات المخصصة عادة للتصرفات القانونية دون أن تنصرف نية صاحبها إلى إحداث أثر قانونى ، وهذه الحالة تشبه الحالة السابقة فى مظهرها ، ففى كليهما ينفصم الاتفاق بين الإرادة الباطنة والإرادة الظاهرة ، على أن الانفصام فى تلك الحالة إذا كان مقروناً بانعدام الوعى ، فهو فى هذه الحالة مصحوب بوعى وإدراك تامين ، ويحدث هذا عادة فى حالة التلقين أو بمناسبة تعليم اللغة أو القانون أو بمناسبة عرض تمثيلى . ففى هذه المناسبات يردد الملقن أو المدرس أو الطالب أو الممثل عبارات من شأنها إحداث الأثر القانونى دون أن تنصرف نيته إلى إحداث هذا الأثر فى الواقع . ونستعرض فيما يلى هذه الحالات :

٣٨٤ — **الملقن** : قد يلقَّن شخص تعبيراً بلغة لا يفهمها كما لو لقن عربى سائحاً يوغوسلافياً تعبيراً تصرفياً . ففى هذه الحالة نتساءل أتنصب آثار هذا التعبير فى ذمة الملقَّن أم أن هذا التعبير يعتبر باطلا لا ينتج أثراً ؟ ذهب الرأى السائد فى الفقه الإسلامى إلى اعتبار هذه التعبيرات لغواً وذهب رأى آخر قالت به قلة من الفقهاء مغرقة فى المادية إلى إعمال هذه التعبيرات فى بعض التصرفات .

جاء فى فتح القدير : « لو لقنت امرأة : « زوجت نفسى » بالعربية ، ولا تعلم معناها ، وقبل الزوج ، والشهود يعلمون ذلك أو لا يعلمون ، صح ، كالطلاق ، وقيل : لا ، كالبيع ، كذا فى الخلاصة . ومثل هذا فى جانب الرجل ، إذا لقنه ولا يعلم معناه . وهذا فى جملة مسائل : الطلاق ، والعتاق ، والتدبير ، والنكاح ، والخلع ، فالثلاثة

* درج الكتاب فى الإقليم المصرى على إطلاق تسمية « التعبير غير الجدى » على ما أطلقنا علية تسمية « التعبير الحكائى » (راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ج ١ ، ف ٤٢٣ ، ص ٣٣٦ ، التصرف المجرد للدكتور محمود أبى عافية ف ٨١ ، ص ٢٧٦ ، التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٦٧ ، ص ٢٠٠) ونرى أن التسمية الثانية أدق وأليق بما يرمى اليه الفقهاء عادة من هذا الاصطلاح . هذا إلى أن تسمية التعبير غير الجدى قد تختلط بتسمية التعبير الصورى الذى هو بدوره تعبير غير جدى .

الأولى واقعة فى الحكم . ذكره فى عتاق الأصل فى باب التدبير . . . قال قاضيخان ينبغى أن يكون النكاح كذلك ، لأن العلم بمضمون اللفظ إنما يعتبر لأجل القصد . فلا يشترط فيما يستوى فيه الجد والهزل ، بخلاف البيع ونحوه . . . وكذا المديون إذا لقن رب الدين لفظ الإبراء ، لا يبرأ[1] » .

وجاء فى رد المحتار : « لو لقنته لفظ الطلاق ، فتلفظ به غير عالم بمعناه ، فلا يقع أصلا ، على ما أفتى به مشايخ أو زجند ، صيانة عن التلبيس . وغيرهم على الوقوع قضاء فقط[2] » .

هذا ولسنا نوافق على الرأى المصحح لتعبير الملقن رغم وروده فى الكتب المعتبرة ، ونرى أن إبطال الشارع التعبيرات الحكائية الأخرى يقتضى من باب أولى إبطال تعبير الملقن ، لأنه بمنزلة لفظ الببغاء التى تردد ما يقال لها . وإليك ما قاله ابن القيم مؤيداً به الرأى الآخر المبطل لمثل هذه التعبيرات .

جاء فى إعلام الموقعين : «وقال أصحاب أحمد : لو قال الأعجمى لامرأته : أنت طالق . وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة ، لم تطلق لأنه ليس مختاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره . قالوا فلو نوى موجبه عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لا يصح منه اختيار ما لا يعلمه ، وإن تلفظ بصريح الطلاق . وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر . وفى مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى فى امرأة قالت لزوجها : سمِّنى خلية طالق . قال لها : فأنت خلية طالق . فأتت عمر بن الخطاب ، فقالت : إن زوجى طلقنى . فجاء زوجها ، فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها . وقال لزوجها : خذ بيدها ، وأوجع رأسها . وهذا هو الفقه الحى الذى يدخل على القلوب بغير استئذان ![3] » .

---

(١) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٩ ، س ٢٤ ، وانظر أيضاً الشرنبلالى على الدرر ، ج ١ ، ص ٣٢٨ ، س ٢ .

(٢) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٤٢٤ .

(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٥ .

٣٨٥ — **حالة التعليم والتعلم** : وصورتها أن يحرر أستاذ القانون التجارى — وهو فى معرض تدريسه للأوراق التجارية — سنداً على نفسه لصالح أحد الطلاب . أو أن يحرر طالب إلى زميله سنداً تجارياً على سبيل التعلم . أو أن يكرر طالب مسائل الطلاق بحضرة زوجته . فى هذه الأحوال وأمثالها — حيث يردد من يقوم باللغة أو الفقه تعلماً أو تعليما عبارات من شأنها إحداث الأثر القانونى — نكون أمام تعبيرات حكائية يحكى فيها المدرس أو الطالب لغة العلم الذى يدرّسه أو يدرسه . وهذه التعبيرات تعتبر باطلة شرعاً لأن إرادة صاحبها لم تتجه إلى إحداث الأثر الشرعى .

٣٨٦ — **حالة التمثيل المسرحى** : وصورتها أن يعقد أحد الممثلين مع آخر صفقة تجارية تمثيلا على المسرح ففى هذه الحالة وأمثالها نكون أمام تعبيرات حكائية يحكى فيها الممثل دور شخص من أشخاص الدور المسرحى وهذه التعبيرات تعتبر كالسابقة باطلة شرعاً ، لأن إرادة صاحبها لم تتجه إلى إحداث الأثر على أن سؤالا هنا قد يثور حول التعبيرات التى يعتبر هزلها كجدها كالطلاق والنكاح كما لو خاطب ممثل ممثلة بصيغة عقد الزواج على سبيل التمثيل . أفتعتبر هذه التعبيرات صحيحة بوصفها هزلا أم أنها تعتبر لاغية أسوة بغيرها ؟ ليس ثمة فى الفروع ما يشير صراحة إلى الحل الواجب الاتباع فى مثل هذه الحالة. على أننا إذا قسناها على حالة تكرير مسائل الطلاق التى نص الفقهاء عليها ، استطعنا أن نقرر إبطال التعبير فيها ، لاشتراكهما فى العلة ، إذ إن صاحب التعبير فى كل منهما يحكى كلام غيره . فالمدرس أو الطالب يحكى كلام المؤلف أو الشارع ، والممثل يحكى كلام شخص الرواية المجرد .

٣٨٧ — ونتساءل هنا عن العامل الذى حدا بالفقهاء إلى احترام الإرادة الحقيقية فى حالات التعبير الحكائى ، بالرغم من تصريحهم فى مكان آخر بأن الصريح يُعمل فيه بالإرادة الظاهرة ، ولا يلتفت فيه إلى نية صاحبه وبصورة خاصة فى التعبيرات التى يستوى جدها وهزلها ؟ يجيب الكمال بن همام عن هذا بقوله : « إن الصريح لا يحتاج إلى النية ، ولكن لابد فى وقوعه قضاء وديانة من قصد إضافة لفظ الطلاق إليها ، عالماً بمعناه ، ولم يصرفه إلى ما يحتمله كما أفاده فى الفتح ، وحققه فى النهر ، احترازاً عما لو كرر مسائل الطلاق بحضرتها[1] » .

(١) رد المحتار ، جـ ٢ ، ص ٤٤٢ ، س ٢٥ .

٣٨٨ — أيشترط علم الموجه إليه التعبير بعدم جديته لكي يتسنى إبطاله أم تكفي نية صاحب التعبير نفسه ؟ وبعبارة أخرى ، هل الضابط في اكتشاف عدم جدية التعبير هو ضابط ذاتي ، نعول فيه على نية صاحب التعبير نفسه ، أم أنه ضابط موضوعي نركن فيه إلى استنتاج خلو التعبير من الإرادة من شكل التعبير الخارجي ؟

يبدو أن العمل بالضابط الذاتي هو الذي يتفق مع التعليل الذي استند إليه الكمال لتسويغ إبطال التعبيرات الحكائية حيث اقتصر المحقق الكبير على اشتراط قصد إضافة اللفظ إلى المخاطب لإعمال التعبير بصرف النظر عن علم هذا المخاطَب بجدية نية المخاطِب [1] .

المطلب الثاني

التحفظ الذهني

٣٨٩ — التحفظ الذهني هو أن لا يريد الشخص ما أعلن أنه يريد او أن يضمر العاقد خلاف مايظهر ، وذلك بأن يريد من تعبيره معنى مغايراً للمعنى الموضوع له .

والأصل أن يأخذ الفقه الإسلامي صاحب التعبير بالمدلول الموضوعي لتعبيره ، كما مر معنا عند بحثنا للصريح والمتمحضات للحال ، التي يتعلق فيها الحكم بعين الكلام ، وسواء اتجهت إرادة صاحب التعبير إلى هذا الحكم أم لم تتجه . ومن ثم ، فمن الطبيعي أن ينظر الفقه الإسلامي إلى التعبير المقترن بتحفظ ذهني على أنه تعبير خال من ذلك التحفظ ، معتداً فيه بالإرادة الظاهرة ، ومطاوعاً نزعته إلى استقرار

---

(١) وهذا ماأخذ به القانون الألماني في المادة ١١٨ حيث نص على «أن التعبير عن الإرادة الذي لا يتفق مع أية نية جدية ، والذي صدر بناء على اعتقاد في أن عيبة لن يتجاهل — باطل . »

ونحن إذا مارجعنا إلى الأعمال التحضيرية للقانون الألماني نجدها غاية في القطع بالإكتفاء بإرادة صاحب التعبير في تحديد مصير تصرفه صحة أو بطلاناً ، ولا دخل لإرادة الطرف الآخر في ذلك .

ويلاحظ أن مشروع التقنين المدني المصري أغفل الكلام عن انعدام الجدية بين الأسباب التي يترتب عليها بطلان الإرادة .

التعامل والازورار عن مواطن النزاع . على أن هذا الاعتداد يجب أن ينظر إليه من خلال تمييز جوهرى فى الفقه الإسلامى بين الاعتبار القضائى والاعتبار الديانى .

٣٩٠ ــ **أثر التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم القضائى** : إن الأصل فى نطاق الحكم القضائى أن يعتد بالإرادة الظاهرة كما مر ، ذلك لأن الظاهر لا يعدل عنه فى هذا النطاق . فإذا ماتلفظ صاحب التعبير بتعبيره عن قصد إلى التلفظ به عالماً بمدلوله وأضافه إلى المخاطب به ، **ولم تصرفه قرينة عن معناه** ، ترتب عليه أثره ، من غير حاجة إلى نية . وإلى هذا ذهب الحنفية والمالكية والشافعية وجمهور الزيدية وهو رواية عن أحمد .

فى الطلاق مثلا إذا تلفظ الرجل به عن قصد ، ولم ينو به شيئاً غير الطلاق — مما يحتمله اللفظ — وقع الطلاق ديانة وقضاء . وإن ادعى أنه لم ينو به الطلاق ، إذ لا يصدق فى دعواه .

أما إذا نوى به شيئاً — يحتمله اللفظ — وادعى ذلك ، وقامت قرينة تدل على صدقه ، فإنه يصدق ديانة وقضاء ، مثل : أن تسأله زوجته أن يطلقها من وثاقها[1] فيُطلقها منه قائلا لها : أنت طالق . وإن لم تقم قرينة على ذلك ، صدق ديانة ، لا قضاء[2]

جاء فى إعلام الموقعين فى هذا الصدد : « فإن قصد ما يجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله « أنت طالق » من زوج كان قبلى ... لم يلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى ، وأما فى الحكم **فان اقترن بكلامه قرينة** تدل على ذلك لم يلزمه أيضاً ، لأن السياق والقرينة بينة تدل على صدقه . وإن لم يقترن بكلامه قرينة أصلا ، وادعى ذلك دعوى مجردة ، لم تقبل منه[3] . »

وينبنى على ماتقدم أن التعبير المقترن بالتحفظ الذهني يعتد فيه بالإرادة الظاهرة إذا لم توجد قرينة تصرفه عن معناه الظاهر .

---

(١) الوثاق مايشد به من قيد أو حبل .
(٢) فرق النكاح للأستاذ على الخفيف ، ص ٩٩ .
(٣) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ص ١٠٧ .

٣٩١ — **أثر التحفظ الذهني في نطاق الحكم الدياني** : إن السيادة في نطاق الحكم الدياني هي للعنصر الداخلي للتصرف ، وهو الإرادة الباطنة ، فعليها يكون التعويل ، وهي المناط في التحليل والتحريم . على أن سيادة الإرادة الباطنة في نطاق الحكم الدياني مشروطة بأن تتجه هذه الإرادة إلى أحد محتملات اللفظ . كأن تتجه إرادة المطلّق إلى طلاق الزوجة من زوج كان قبله ، أو من وثاق . ففي هاتين الحالتين لاينتج الطلاق أثره ديانة ويحل للمطلّق وطء زوجته . أما إذا انحرفت الإرادة الباطنة عن أحد محتملات اللفظ فعندها تنعدم آثار هذه الإرادة، وتظل الإرادة الظاهرة مهيمنة قضاء وديانة . كأن تتجه إرادة المطلِّق إلى طلاق الزوجة من العمل · ففي هذه الحالة ينتج الطلاق أثره قضاء وديانة ، ولا معتبر بقصد المطلِّق الذى انحرف عن محتملات مفهوم الطلاق .

ففي رد المحتار : « يشترط في وقوع [الطلاق] ديانة قصد اللفظ ، وعدم التأويل الصحيح . أما اشتراط نية الطلاق فلا ، بدليل أنه لو نوى الطلاق عن العمل ، لايصدق ، ويقع ديانة أيضاً ... مع أنه لم ينو معنى الطلاق[1] . »

على أن مقتضيات العدالة قد تدعو أحياناً إلى التسامح في انحراف النية عن محتملات اللفظ كما هو الحال في الأيمان حيث تكون العبرة لنية الحالف إذا كان مظلوماً . فإذا ما حلّف الرجل زوجته على انقضاء عدتها ، فحلفت تعني به انقضاء عدة غيرها وسعها ذلك[2] مع أن القاعدة في الأيمان أن « اليمين على نية المستحلف[3] » . ومقتضاها كما هو ظاهر منع الحالف من أن يضمر تأويلا يختلف عن معنى اللفظ الظاهر.

٣٩٢ — **دور الحكم الدياني التلطيفي** : إن إعمال الإرادة الباطنة في الأحوال التي تتجه فيها إرادة صاحب التعبير إلى أحد محتملات اللفظ يستند إلى معيار ذاتي أوجده

---

(١) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٤٤٢ .

(٢) أبو حنيفة للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ٤٣٠ .

(٣) صحيح مسلم ، ٥ ، ص٨٧ وشرحه للنووي ، ج١١ ص ١١٧، وجاء في مفتاح الكرامة للعاملي (ج ٥ ، ص ١٨)أنه يجوز للمدين المعسر « الإنكار والحلف ، إن خشي الاعتراف ،ويورى وينوى القضاء مع المكنة » .

المشرع فى نطاق الحكم الديانى للتخفيف من حدة المعيار الموضوعى المستند إلى الظاهر فى نطاق الحكم القضائى . وإلى هذا الدور أشار الكمال بن همام حيث يقول : «أما قصد الصريح مع صرفه بالنية إلى محتملة ، فله ذلك ديانة ، كقصد الطلاق من وثاق فى قوله : هى طالق ، فهى زوجته ديانة لاحتمال اللفظ ، لا قضاء ، لأنه خلاف الظاهر وفيه تخفيف عليه »[1] .

وقد أشار ابن القيم إلى هذا العامل التلطيفى فى الحكم الديانى بقوله :

« فإن قصد مايجوز له قصده نحو أن يقصد بقوله : « أنت طالق » من زوج كان قبلى أو يقصد بقوله « أمتى أو عبدى حر » أنه عفيف عن الفاحشة، أو يقصد بقوله « امرأتى عندى مثل أمى » فى الكرامة والمنزلة ونحو ذلك لم يلزمه أحكام هذه الصيغ فيما بينه وبين الله تعالى[2] » :

٣٩٣ — **أثر علم الموجه إليه التعبير بالتحفظ المقترن به** : ونتساءل هنا عن مصير التعبير المقترن بالتحفظ الذهنى إذا كان هذا التحفظ معلوماً من المخاطَب بالتعبير أيظل هذا التعبير صحيحاً عملا بالإرادة الظاهرة أم أن علم المخاطَب بالتحفظ يودى به عملا بالإرادة الباطنة ؟ .

لم نجد فيما اطلعنا عليه من الفروع مثالا لتحفظ ذهنى اتصل به علم الموجه إليه التعبير، ولكننا نميل إلى تقرير إبطال التصرف المقترن بالتحفظ ، إذا كان هذا التحفظ معلوماً من الموجه إليه التعبير ذلك لأن الكاسانى علل العمل بالإرادة الظاهرة فى حالة تعبير الظهار المقرون بالتحفظ باستناده إلى تعريف الصريح الذى عرفه بأنه ما كان « ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع ، بحيث يسبق إلى أفهام السامعين[2] » .

ونحن نستند إلى هذا التعريف نفسه لإبطال التعبير المقترن بالتحفظ إذا كان الآخر عالماً به ، ذلك لأن الحكم فى التعبير الصريح يتعلق بعين الكلام كما مر ، وهذا التعلق مشروط كما يفيد تعريف الكاسانى للصريح بظهور معنى التعبير وانكشافه لدى السامع . ولما كان إعلام السامع بالتحفظ الذهنى الذى سيقترن به التعبير —

---

(١) التقرير والتحبير لابن همام ج ٢ ، ص ٣٨ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج٣ ، ص ١٠٧ .

والذى يغـاير مدلول التعبير الصريح الذى يتبادر عادة إلى ذهن السامع — ينفى عنه صفة الصراحة كانت النتيجة أن لا يتعلق الحـكم بهذا التعبير وبطلانه تبعا لذلك ·

· وفيما عدا ذلك فإن علم المخاطب بالتعبير بالتحفظ هو قرينة تصرفه عن معناه وتتدخل فى إبطاله عملا بالقاعدة العامة فى التعبير الصريح التى تقضى بإهداره فى كل حالة تصاحبه فيها قرينة تصرفه عن معناه كما مر .

٣٩٤ — ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى تعرضت للتحفظ الذهنى فى بعض التصرفات غير القابلة للفسخ كالخلع والطلاق والظهار والعتاق ·

الخلع : جاء فى جامع الفصولين : « أرادت الخلع ، فقال قوم لها : « اشتريت نفسك بجميع الحقوق التى لك عليه » فقالت : « اشتريت » ، فقال الزوج : « بعت » وفى ضميره بيع متاع . فإنها تطلق قضاء ، إذ قوله بعت جواب كلامهم ، والجواب يتضمن إعادة مافى السؤال . . . وهذا كله فى الحـكم · أما فى الديانة فالقول له . . . إلا إذا كان اللفظ لا يحتمل ما نوى[1] » .

الطلاق : جاء فى البدائع : « كما لو قال لامرأته » « طلقتك » ونوى به الإخبار كذباً لا يصدق فى القضاء ، ويصدق به فيما بينه وبين الله عز وجل . لأنه نوى ما يحتمله كلامه ، لأنه يحتمل الإخبار ، وإن كان إرادته الخبر خلاف الظاهر . ولو قال عنيت به أنه كان خبراً ؛ فإن كان مؤكداً لا يصدق أصلا ، لأنه كذب محض . وإن كان إنشاء لا يصدق قضاء ، لأن الظاهر إرادة الإنشاء من هذه الألفاظ ، **فلا يصدق فى العدول عن الظاهر** ، ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل الإخبار عن الماضى[2] » وفى البدائع أيضاً : « كما إذا قال لامرأته : « أنت طالق » ، ونوى به الطلاق عن الوثاق أو الطلاق عن العمل إنه لا ينصرف إليه ، ويقع الطلاق لما قلنا كذا هذا . ولو قال : أردت به الإخبار عما مضى كذباً لا يصدق فى القضاء ، لأنه خلاف الظاهر ، لأن هذا اللفظ فى الشرع جعل إنشاء ، فلا يصدق فى إرادة الإخبار

---

(١) جامع الفصولين ، ج ١ ص ٢١٠ ، س ١٩ .
(٢) بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ٤٦ .

عنه ، كقوله « أنت طالق » إذا أراد به الإخبار عن الماضى كاذباً . ولا يسع المرأة أن تصدق ، كما لا يسع القاضى . لأن القاضى إنما لا يصدقه ، لادعائه خلاف الظاهر . وهذا موجود فى حق المرأة ، **ويصدق فيما بينه وبين الله تعالى ، لأنه نوى ما يحتمله كلامه** »[1] .

الظهار : جاء فى البدائع : « لو قال لامرأته : « أنت على كظهر أمى » كان مظاهراً ، سواء نوى الظهار أو لا نية له أصلا ، لأن هذا صريح فى الظهار ، إذ هو ظاهر المراد مكشوف المعنى عند السامع بحيث يسبق إلى إفهام السامعين ، فكان صريحاً ، لا يفتقر إلى النية كصريح الطلاق فى قوله : أنت طالق .

وكذا إذا نوى به الكرامة ، أو المنزلة ، أو الطلاق ، أو تحريم اليمين ، لا يكون إلا ظهاراً ، لأن هذا اللفظ صريح فى الظهار . فإذا نوى به غيره ، فقد أراد صرف اللفظ عما وضع له إلى غيره ، فلا ينصرف إليه[2] » .

العتاق : جاء فى البدائع : « ولو قال فى شىء من هذه الألفاظ من قوله : « أعتقتك أو نحوه » عنيت به الخبر كذباً ، لا يصدق فى القضاء لعدوله عن الظاهر ، لأنه يستعمل فى إنشاء العتق فى عرف اللغة والشرع كما يستعمل فى الإخبار . فإن العرب قبل ورود الشرع كانوا يعتقون عبيدهم بهذه الصيغة ، وفى الحمل على الخبر حمل على الكذب ، وظاهر حال العاقل بخلافه ، فلا يصدق فى القضاء . . . وكذا إذا قال « أنت مولاى » وقال : عنيت به الموالاة فى الدين لا يصدق فى القضاء ؛ لأنه خلاف الظاهر ، إذ هو يستعمل لولاء العتق ظاهراً ، ويصدق ديانة ، لأن اللفظ يحتمل ما نوى[3] . »[4]

---

(١) المرجع السابق ج ٣ ، ص ٢٣١ .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٢٣١ ، س ١١ .

(٣) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٤٦ ، س ٢٣ .

(٤) يلاحظ هنا أن الأمثلة التى سقناها لبيان التحفظ الذهنى فى الفقه الاسلامى يشترط فيها أن تكون مقرونة بخداع المخاطب (ف) لكى تطابق مفهوم التحفظ الذهنى فى القانون الوضعى . وقد أشارت المذكرة الايضاحية للمادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى من ق . م . م . أن القضاء قد جابه فروضاً نادرة من هذا النوع .

٣٩٥ — **التحفظ الذهني في القانون المدني السوري** : نصت المادة ١٢٨ من المشروع التمهيدى للقانون المدنى المصرى (أصل القانون السورى)على أن « لايكون التعبير عن الإرادة باطلا لمجرد أن صاحبه قد أضمر غير ما أظهر ، ولكنه يكون باطلا إذا كان من وجه إليه يعلم بهذا التحفظ الذهني .

وجاء في مذكرة المشروع التمهيدى :

١ — يتناول هذا النص مسألة التحفظ الذهني ، وهى تثير من فورها أمر البحث فى المفاضلة بين مذهب الإرادة الباطنة ، ومذهب الإرادة الظاهرة . فإذا لم تطابق الإرادة الظاهرة الإرادة الباطنة فبأيهما يؤخذ ؟ أخذ المشروع بالمذهب الجرمانى ، مؤثراً الإرادة الظاهرة . وليس شك فى أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار فى نطاق الروابط القانونية ، وأكثر استجابة لمقتضيات الائتمان . وهو يصادف ، فضلا عن ذلك ، سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية ، إذ هى تعتد اعتداداً بيناً بالإرادة الظاهرة ، متأثرة بذلك بنزعة مادية واضحة .

٢ — فإذا كان من وجه إليه التعبير عالماً بالتحفظ الذهنى المتعلق بهذا التعبير ، فلامحل لعدم الأخذ بالإرادة الحقيقية، إذ لم يعد فى الأخذ بها إخلال بتأمين المعاملات... ولما تليت المادة ١٢٨ فى لجنة المراجعة اقترح حذفها ؛ لأن فيها إمعاناً فى الدقة لا حاجة لنا به[١] » .

وعلى ضوء ما تقدم فى بحثنا للتحفظ الذهنى فى الفقه الإسلامى نقرر أن المذكرة الإيضاحية كانت على حق حين صرحت أن للتحفظ الذهنى سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية . ذلك لأن مؤسسة التعبير الصريح فى الفقه الإسلامى تسمح ، كما رأينا بتطبيق أحكام المادة ١٢٨ التى سبقت الإشارة إليها ، لما تتضمنه من منع المتعاقد أن تنصرف نيته إلى غير فحواه ، وهو ما يقتضيه إعمال الإرادة الظاهرة فى التحفظ الذهنى . جاء فى الفروق للقرافى « كل كلام له حكم فى نفسه ، لا يصح أن يضمر به غيره ، كالطلاق . فإنه لو أضمر به غيره لم يصح ، ولم يكن يخرج عن الطلاق ... كل ما هو صريح فى باب لا ينصرف إلى غيره[٢] » .

---

(١) الأعمال التحضيرية ، ج ٢ ص ٢٩ — ٣٠ .

(٢) الفروق للقرافى ، ج ١ ، ص ٣٦ .

المطلب الثالث

الصورية

§ ١ — معلومات أولية

٣٩٦ — الصورية هى تواطؤ طرفى التصرف القانونى على كتمان إرادتهما الحقيقية تحت ستار مظهر كاذب لمأربٍ ما يخفيانه عن الغير . فيكون المتعاقدان فى مركزين قانونيين متعارضين : أحدهما ظاهر ، ولكنه كاذب يوهم الغير أنه هو الحقيقة . والآخر صادق ولكنه خفى عن الغير ، ومن هنا وجد التصرف الظاهر ، وهو التصرف الصورى ، ووجد التصرف المستتر ، وهو التصرف الحقيقى(١) . هذا وتختلف الصورية عن التحفظ الذهنى فى أن هذا الأخير هو خداع الشخص الذى وجه إليه التعبير ، بينما الصورية يتفق عليها مع الطرف الآخر من أجل خداع الغير .

٣٩٧ — وتنقسم الصورية إلى صورية مشروعة وصورية غير مشروعة فتكون **مشروعة** إذا كان الغرض منها شريفاً كمن يتفق على آخر يلوذ به على أن يبيعه بيعاً صورياً ما يسمح له بتأمين النصاب المالى الذى يؤهله لترشيح نفسه لمنصب معين والغالب أن تكون الصورية **غير مشروعة** يرمى فيها العاقدان إلى التحايل على الأحكام القانونية المتعلقة بالنظام العام أو الغش أو الإضرار بحقوق الغير أو الخزانة العامة كما لو باع المدين المعسر ماله بيعاً صورياً إلى بعض أخصائه أو أقاربه الذين يثق بهم لتهريبها من وجه الدائنين ، حتى إذا ما أعلن إفلاسه واستولى الدائنون على ما يمكن الاستيلاء عليه ، عادت تلك الأموال المهربة تحت ستار صورى إلى ذمة صاحبها سالمة أو كأن يتفق البائع والمشترى على أن يذكرا فى عقد بيع العقار ثمناً صورياً يقل عن الثمن الحقيقى هرباً من دفع رسوم التسجيل كاملة ، أو كأن يحرم القانون على المدين أن يدخل فى مزاد بيع عقاره الذى تقرر نزع ملكيته ، حرصاً على حرية المزاد ، وضماناً لحقوق الدائنين ، فيلجأ إلى اسم مستعار ، ليتزايد باسمه ، حتى يرسو المزاد عليه .

٣٩٨ — وتنقسم الصورية إلى صورية مطلقة ، وصورية نسبية . فتكون **مطلقة**

---

(١) الصورية فى التشريع المصرى للدكتور أحمد مرزوق ، ف ٥٧ ، ص ٨٣ .

إذا وقعت على العقد برمته ، ويكون العقد فى هذه الحالة وهماً لا وجود له فى عالم القانون . وتكون الصورية نسبية (أ) إذا كان المتعاقدان قد قصدا بالعقد الظاهر عقداً آخر يسترانه عن الغير ، فهما فى هذه الحالة يتعاقدان فى الواقع ، ولكنهما يبرزان عقدهما فى صورة مغايرة لصورة العقد الذى يريدانه حقيقة ، (ب) أو أن يكون العقد صحيحاً فى صورته وحقيقته ، غير أن أحد المتعاقدين ليس هو العاقد الحقيق ، بل هو عاقد مستعار استعير اسمه بدل آخر يريد أن يتوارى عن ساحة العقد ، (ح) وتكون الصورية نسبية أيضاً إذا كتم من العقد جانب من جوانبه : كنقص الثمن ، أو شرط من شروطه ، أو تاريخه ، كأن يؤخر تاريخ العقد : كما إذا اتفق المتعاقدان الصوريان على تأخير تصرف القاصر إلى ما بعد بلوغه سن الرشد أو كأن يقدّم تاريخ العقد : كما إذا قدم المريض مرض الموت تاريخ تصرفه حتى لا يقع هذا التاريخ فى مرض الموت ، أو يجعل تاريخ تصرف المحجور عليه سابقاً على تاريخ حجره[1] .

٣٩٩ — والصورية قد تكون فى العقود ، وقد تكون فى التصرفات الصادرة من جانب واحد بشرط أن تكون موجهة لشخص معين ، لأن الصورية نتيجة اتفاق ، ولا يتصور اتفاق إلا من شخصين يتعاملان معاً وعلى ذلك فقد يكون النزول عن حق ارتفاق أو حق رهن أو إقرار بدين أو إبراء من دين كل ذلك قد يكون صوريا[2] .

§ ٢ — تنظيم الصورية فى التقنين المدنى السورى

٤٠٠ — إن الحلول التى تلجأ إليها التشريعات عادة لمجابهة الصورية لا تخرج عن أحد الحلول الثلاثة الآتية :

٤٠١ — *الحل الأول* : وهو موضوعى النزعة ، ينتصر لعامل استقرار التعامل انتصاراً مطلقاً فيقضى بسريان العقد الظاهر فى حق المتعاقدين والغير على السواء دون العقد الحقيق . ويؤخذ على هذا الحل إغراقه فى المادية ، وتجاهله لمصالح الطرفين التى حدت

(١) المرجع السابق ف ٧١ ، ص ١٠٢ وانظر أيضاً الصورية فى الحقوق المدنية السورية للدكتور مأمون الكزبرى ، ص ٣٥

(٢) مرزوق ، ف ٧٢ ، ص ١٠٢ — ١٠٣ .

بهما إلى إخفاء تعاقدهما . وفيما عدا ذلك فإن هذا الحل ينطوى على افتئات على مبدأ حرية التعاقد من جهة ، ومبدأ حسن النية الذى هو روح الاتفاقات من جهة أخرى ولعل هذه المآخذ هى التى حدت بالتشريعات — حتى من اعتد منها بالإرادة الظاهرة — إلى نبذ هذا الحل[1] .

٤٠٢ — **الحل الثانى** : وهو ذاتى النزعة ينتصر لمبدأ سلطان الإرادة انتصاراً مطلقاً فيجعل العقد الحقيقى هو الذى يسرى فيما بين المتعاقدين وبالنسبة للغير على السواء وقد أخذ بهذا الحل كل من القانون الرومانى قديماً والقانون الألمانى حديثاً[2] .

ويلاحظ أن هذا الحل تحكمه الصناعة الفقهية والمنطق الذى يقضى بالتسوية بين أطراف التصرف والغير فى مواجهة العقد الصورى على أن السير مع هذا المنطق إذا أفضى إلى الإضرار بمصالح الغير الذين غرر بهم العقد الصورى فى نطاق نظرية التصرف القانونى فما على هؤلاء إلا الرجوع إلى أحكام المسئولية التقصيرية ليدرءوا بها ما لحقهم من ضرر .

---

(١) وقد حاولت بعض محاكم فرنسا الاستئنافية أن تجعل العقد الظاهر هو الذى يسرى فى العلاقة فيما بين المتعاقدين على أساس القاعدة التى تقضى بأنه لا يستطيع شخص أن يتمسك بالغش الصادر منه ، ولكن هذا الرأى لم يسد ، ذلك لأن المتواطئين لا يغش أحدهما الآخر فى الصورية حتى يمتنع عليه التمسك بغشه قبله بل كلاهما مشترك فى هذا الغش . (الصورية ، مرزوق ، هامش ص ١٠٦ — ١٠٧) .

(٢) ويلاحظ أن قيام تنظيم الصورية فى القانون الالمانى على أساس ذاتى كما مر يلقى الشك إلى حد كبير حول ما استقر فى الأذهان من أن التنظيم الألمانى للتصرف القانونى قائم على أساس النظرية المادية فى التعبير . ويرى الدكتور وليام قلادة « أن لا مجال للتردد وأنه يجب أن تتغير النظرية المنسوبة للقانون الألمانى ، وأن تفسر مواده طبقاً لمضمونها الحقيقى بدلاً من البدء بنظريات سابقة ، وتوجيه الأحكام الوضعية دون سند كاف كى تؤيد تلك النظريات (التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، هامش رقم ٣ ، ص ٢٠٠) . » ويقول فى مكان أخر : « أغلب الكتاب معتادون على القول بأن المجموعة المدنية الألمانية أقرت النظرية المادية فى التعبير والفقه اللاتينى فى مجموعة يردد فى ذلك رأى رائد هذه النظرية فى فرنسا ريمون سالى فطبقاً لهذا الفقيه « الإرادة لا سلطان لها فى جوهرها وحقيقتها النفسية ؟ هى ليست كذلك أى ليست ذات سلطان إلا فى إعلانها الخارجى وعن طريقه ، أى التعبير ... ويستند القانون الألمانى فى مجموعة على هذه النظريات ... وفى كل مكان منه ، استبدل بالإرادة الداخلية التعبير عنها . وحيث كان الحديث فيما مضى عن الإرادة ، أصبح موضوع البحث الآن التعبير وحيث كان البحث يتجه إلى « ما أريد » ، يبحث الأن عما عبر عنه (سالى ، والتعبير ، ١٣٣ ف ٥١) . »

=

٤٠٣ — الحل الثالث : وهو يعول على التوفيق بين عامل احترام الإرادة وعامل الاستقرار وقد آثره المشرع السورى ومعظم التشريعات الحديثة وهذا الحل الوسط ولو أنه غير منطقى إلا أنه حل عملى وفقت به هذه التشريعات بين مصلحة المتعاقدين ومصلحة الغير فنصت المادة ٢٤٦ من القانون المدنى السورى (٢٤٥ مدنى مصرى) على أنه: «إذا ستر المتعاقدان عقداً حقيقياً بعقد ظاهر، فالعقد النافذ فيما بين المتعاقدين والخلف العام هو العقد الحقيقى» ونصت المادة ٢٤٥ (٢٤٤ مدنى مصرى) على أنه : « إذا أبرم عقد صورى فلدائنى المتعاقدين والخلف الخاص متى كانوا حسنى النية أن يتمسكوا بالعقد الصورى كما أن لهم أن يتمسكوا بالعقد المستتر ويثبتوا بجميع الوسائل صورية العقد الذى أضر بهم . وإذا تعارضت مصالح ذوى الشأن ، فتمسك بعضهم بالعقد الظاهر ، وتمسك الآخرون بالعقد المستتر ، كانت الأفضلية للأولين »[1] .

ويستفاد من المادة ٢٤٥ الأخيرة أن المشرع السورى قد نظر إلى نظام الصورية بعين السخط وعدم الاطمئنان ، بوصفه عنواناً للغش ورمزاً للمخاتلة ، فوضع فى هذه المادة عقوبة مدنية للمخاتلين أياً كان الغرض من الصورية مشروعاً كان — وهو النادر — أو غير مشروع — وهو الغالب — حماية للغير حسن النية واستقراراً للتعامل . وقضى بعدم الاحتجاج على الغير بورقة الضد ، ومن ثم فإن الخاتلين يترديان فى الهاوية التى حفراها للغير فيؤخذان بغشهما ولا يستفيدان به فى علاقتهما مع الغير[2] .

ويلاحظ أن التنظيم السورى فى مجموعه لاتينى صرف — وهو فى جوهره يتنافى مع منطق نظرية الإرادة الذى التزمه التنظيم الألمانى فقضى ببطلان العقد

= ولقد كان لعرض النصوص الالمانية على هذا النحو دوى هائل ، بحيث أن المجموعة الألمانية لم تتقدم إلى العالم القانونى إلا مرتبطة بهذا التفسير . وكل إشارة إليها كانت تعنى ربطها بنقطة البداية هذه النظرية المادية . ولقد كان من أهداف ما كتبناه ... رفض هذه الفكرة ونقضها وإظهار خطئها (قلادة ، ف ٨١ ، ص ٢٢٩) » .

(١) ويلاحظ أن المشرع قد أورد هاتين المادتين فى الشق الخاص بآثار الالتزام بالنسبة للمدين ولقد كان الأولى ايرادها فى الشق الخاص بأحكام العقد بالنسبة للغير لما أن المبدأ المقرر فيهما يعتبر تطبيقاً خاصاً للمبدأ الذى يقضى بأن الاتفاقات لايترتب عليها أثر بالنسبة للغير .

(٢) الصورية للدكتور أحمد مرزوق ، ف ٩٤ ، ص ١٢٨ .

الصورى — ذلك لأن نظرية الإرادة لا تعنى قط إلا بالمصدر الذى يدور معه الأثر وجوداً وعدماً « أما أن يبقى هذا الأثر رغم تخلف المصدر . فإن التنظيم يكون نفعياً . « والواقع أنه حين يحل عدم السريان محل البطلان ، فإننا نكون أمام تطبيق للنظرية المادية فى التصرف القانونى ، تلك النظرية التى لا تعنى إلا بآثار التصرف فى الجماعة[1] »

§ ٣ — الصورية فى الفقه الإسلامى(*)

٤٠٤ — بعد أن عرفنا ماهى الصورية وما هو جزاؤها فى التشريع الوضعى نشرع فى بيان حكمها فى الفقه الإسلامى فنتكلم عن الصورية فى نطاق الإنشاء : وهو إحداث حكم شرعى ، والإقرار : وهو بيان الواقع .

(ا) الصورية فى الإنشاءات

أولا : الصورية فى التصرفات غير القابلة للفسخ

٤٠٥ — نستعرض فيما يلى (١) أنواع هذه التصرفات . (٢) مسوغات الاعتداد فيها بالإرادة الظاهرة . (٣) تقديرنا لها . (٤) الرأى القائل بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة .

٤٠٦ — (١) **أنواعها** : تقسم التصرفات غير القابلة للفسخ إلى تصرفات لا مال فيها ، وتصرفات يكون المال فيها تبعاً ، وتصرفات يكون المال فيها مقصوداً .

أما الأولى فهى الطلاق ، والعتاق ، والعفو عن القصاص ، واليمين ، والنذر . وصورة المواضعة فى الطلاق والعتاق أن يقع التواضع بين الزوج والمرأة ، وبين المولى والعبد ، بأن يطلقها أو يعتقه علانية ولا يكون وقوع الطلاق والعتاق مرادها . وهكذا العفو عن القصاص . وصورة اليمين أن يتواضع مع امرأته أو عبده بأن يعلق طلاقها أو عتقه بدخول الدار ، ويكون بذلك هازلا وهكذا فى النذر[2] » .

---

(١) التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٨٧ ، ٢٤١ .

(*) يعرض الفقهاء عادة لدراسة الصورية فى كتب أصول الفقه تحت عنوان « الهزل » ويعتبرونها صورة من صور عوارض الأهلية — مع ما فى هذا الاعتبار من بعد عن الدقة — وهم لا يقتصرون فى بحثها على العقود بل يتناولون أيضاً التصرف القانونى بوجه عام ، ويتجاوزونه إلى الوقائع المادية والاعتقادات .

(٢) مرآة الأصول ، ص ٣٥٢ .

أما التصرفات التي يكون فيها المال تبعاً فهي كالنكاح ، وصورته أن يتواضعا عن أن يتنا لكا ولا يكون بينهما نكاح ، فالعقد لازم ويجب مهر المثل .

أماالتصرفات التي يكون المال فيها مقصوداً حتى لاتثبت بدون الذكر فهي كالخلع ، والطلاق على مال ، والعتاق عليه ، والصلح عن دم العمد . وصورة الخلع أن يقول الزوجان : نخالع ولم يكن بيننا خلع .

٤٠٧ — (٢) *نظرية الإرادة الظاهرة* : يعتد الرأي السائد في الفقه الإسلامي في هذه التصرفات جميعاً بالإرادة الظاهرة عندما تصدر على سبيل الهزل[1] . ويستند في تصحيحه لها رغم خلوها من الإرادة الجدية إلى أدلة نقلية ، واعتبارات فنية ، واعتبارات مصلحية ...

٤٠٨ — *أما الدليل النقلي* : فهو الحديث الشريف : « ثلاثة جدهن جد ، وهزلهن جد : النكاح والطلاق والعتاق » . وفي بعض الروايات واليمين . والنذر ملحق باليمين ، لقوله عليه الصلاة والسلام : « النذر يمين وكفارته كفارة اليمين » . والعفو عن القصاص ملحق بالطلاق ، لأن كل واحد منهما إسقاط بني على السراية واللزوم

جاء في البدائع : « وعن أبي الدرداء رضي الله عنه عن رسول الله أنه قال « من لعب بطلاق أو عتاق لزمه » وقيل فيه نزل قوله سبحانه وتعالى : « لا تتخذوا آيات الله هزوا » . وكان الرجل في الجاهلية يطلق امرأته ، ثم يراجع ، فيقول كنت لاعباً ، ويعتق عبده ، ثم يراجع ، فيقول كنت لاعباً ؛ فنزلت الآية . فقال : صلى الله عليه وسلم « من طلق ، أو حرر ، أو نكح ، فقال : إني كنت لاعباً ، فهو جائز منه[2] » .

---

(١) يبدو أن الفقه والقضاء قد استقرا في فرنسا أيضاً على عدم صحة الطعن في الزواج بالصورية على أن الزواج الصوري إذا كان الغرض منه التحايل على القانون وعلى الاحكام الآمرة المتعلقة بالنظام العام أو الآداب ، فإنه يجوز الطعن به ، ولكن لا ليحكم ببطلانه ، بل ببطلان مايترتب عليه من تصرفات مخالفة للقانون (راجع نظرية الصورية في التشريع المصري للدكتور أحمد مرزوق ، القاهرة ، ١٩٥٨ ، ف ٣٢٨ ، ص ٤٦٧) .

(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .

٤٠٩ — الاعتبارات الفنية : وهي : جعلية آثار التصرفات في الفقه الإسلامي - صعوبة إثبات الإرادة الباطنة . قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجبه . ونستعرض فيما يلي هذه الاعتبارات :

٤١٠ — تستند جعلية الآثار في الفقه الإسلامي إلى تمييز جوهري بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ومؤداها أن ترتيب الآثار هو من صنع الشارع وحده وأن دور العاقد مقصور على إرادة التعبير[١] .

وما دامت الآثار هي من صنع الشارع ، فلا غرابة إذا رأينا الفقه الإسلامي يرتب على التصرفات آنفة الذكر آثارها ، وإن كانت غير مقصودة من صاحب التعبير الهازل ، ما دامت إرادة هذا الأخير تنحصر في صياغة العقد فحسب .

جاء في إعلام الموقعين : « فأما طلاق الهازل ، فيقع عند الجمهور ، وكذلك نكاحه صحيح ، كما صرح به النص . . . والفقه فيه ،أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه ، **وترتيب الأحكام على الاسباب للشارع ، لا للعاقد** فإذا أتى بالسبب لزم حكمه ، شاء أم أبى ؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره . وذلك لأن الهازل قاصد للقول ، مريد له ، مع علمه بمعناه وموجبه . وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى ، لتلازمهما . إلا أن يعارضه قصد آخر كالمكره والخادع المحتال — فإنهما قصدا شيئاً آخر ، غير معنى القول وموجبه . ألا ترى أن المكره قصد رفع العذاب عن نفسه ، ولم يقصد السبب ابتداء ، والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق ، وذلك مناف لقصده موجب السبب — وأما الهازل فقصد السبب ولم يقصد حكمه ، ولا ما ينافي حكمه ، فترتب عليه أثره[٢] » .

ويقول أيضاً : « ومثل هذا لا يجوز الهزل به ، فإذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وإن لم يقصده بحكم ولاية الشارع على العبد . المكلف قصد السبب ، والشارع قصد الحكم ، فصارا مقصودين كليهما[٣] » .

---

(١) لهذه النظرية نتائج خطيرة سنقف عندها فيما بعد .
(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٠٩ — ١١٠ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١١ .

وفى مرآة الأصول فى هذا المعنى : « فلأن الهزل لا يمنع انعقاد السبب ، لأن الهازل راضٍ به ، وعند انعقاد هذه الأسباب يوجد حكمها ضرورة عدم التراخى والرد فى حكمها حتى لا يحتمل خيار الشرط ، بخلاف البيع ونحوه[1] » .

٤١١ — صعوبة إثبات الإراد الباطنة : يشير ابن القيم إلى ما لصعوبة إثبات إرادة الهازل من دور فى تصحيح عقوده بقوله : « وأيضاً ، فالهزل أمر باطن ، لا يعرف إلا من جهة الهازل ، فلا يقبل قوله فى إبطال حق العاقد الآخر[2] » .

٤١٢ — قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجبه : جاء فى إعلام الموقعين : « إن المشهور عندنا أنه لو شرط فى العقد رفع موجبه ، مثل أن يشترط أن لا يطأها أو أنها لا تحل له ، أو أنه لا ينفق عليها ، ونحو ذلك ، صح العقد دون الشرط ، فالاتفاق على التلجئة حقيقة أنهما اتفقا على أن يعقدا عقداً لا يقتضى موجبه ، وهذا لا يبطله[3] » .

٤١٣ — **الاعتبارات المصلحية** : يستند تصحيح الشارع للتصرفات التى لا تحتمل النقض المقرونة بالهزل ، إلى اعتبارات تتصل بعلاقة بعض هذه التصرفات بالنظام العام الإسلامى من جهة ، وبتشوف الشارع إلى تشجيع بعضها الآخر من جهة أخرى[4] .

أما صلة بعض هذه التصرفات بالنظام العام فتبدو فى كونها من حقوق الله تعالى ، وتأكيدها أمر الأبضاع وقربها من معنى العبادة .

وقد أبان ابن القيم فى إعلام الموقعين عن الأمرين الأول والثانى بقوله : « وأما من جهة المعنى ، **فإن النكاح والطلاق والرجعة والعتق فيهـــا حق الله تعالى** : أما العتق فظاهر ؛ وأما الطلاق فإنه يوجب تحريم البضع ، ولهذا تجب إقامة الشهادة فيه ، وإن لم تطلبها الزوجه ؛ وكذلك فى النكاح ، فإنه يفيد حل ما كان حراماً ، وحرمة ما كان حلالاً ، وهو التحريم الثابت بالمصاهرة ، ولهذا لا يستباح إلا بالمهر .

---

(١) مرآة الأصول ، المرجع السابق .

(٢) إعلام الموقعين ، المرجع السابق .

(٣) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ص ٨١ .

(٤) تشوفت إلى الشيء : أى تطلعت . ورأيت نساء يتشوفن من السطوح أى ينظرن ويتطاولن. وتشوفت للخطاب أى طمحت . (لسان العرب ، جـ ١١ ، ص ٨٧) .

وإذا كان كذلك ، لم يكن للعبد مع تعاطى السبب الموجب لهذه الأحكام ، أن لا يرتب عليها موجباتها ، كما ليس له ذلك فى كلمات الكفر إذا هزل بها ، كما صرح به القرآن . فإن الكلام المتضمن لحق الله لا يمكن قوله مع رفع ذلك الحق ، إذ ليس للعبد أن يهزل مع ربه ، ولا يستهزىء بآياته ، ولا يتلاعب بحدوده . وفى حديث أبى موسى : « ما بال أقوام يلعبون بحدود الله ، ويستهزؤن بآياته » . وذلك فى الهازلين ، يعنى ، والله أعلم ، يقولونها لعباً ، غير ملتزمين لأحكامها ، وحكمهما لازم لهم . وهذا بخلاف البيع وبابه . فإنه تصرف فى المال الذى هو محض حق الآدمى . ولهذا يملك بذله بعوض ، وغير عوض . والإنسان قد يلعب مع الإنسان ، وينبسط معه ، فإذا تكلم على هذا الوجه ، لم يلزمه حكم الجاد ، لأن المزاح معه جائز . وحاصل الأمر أن اللعب ، والهزل ، والمزاح فى حقوق الله تعالى غير جائز ، فيكون جد القول وهزله سواء ، بخلاف جانب العباد[1] . »

وأبان ابن القيم عن قرب النكاح من معنى العبادة بقوله : « **ان عقد النكاح يشبه العبادات فى نفسه** ، بل هو مقدم على نفلها . ولهذا يستحب عقده فى المساجد ، ونهى عن البيع فيها . ومن يشترط له لفظاً بالعربية ، راعى فيه ذلك ، إلحاقاً له بالأذكار المشروعة . ومثل هذا لا يجوز الهزل به ، فإذا تكلم به رتب الشارع عليه حكمه ، وإن لم يقصده ، بحكم ولاية الشارع على العبد[2] » .

وأبان الرملى عن تشوف الشارع للعتق إذ يقول : « ولو خاطبها بطلاق هازلاً أو لاعباً — بأن قصد اللفظ دون المعنى — وقع ظاهراً وباطناً ، للإجماع ، وللخبر الصحيح : « ثلاث جدهن جد ، وهزلهن جد ، الطلاق والنكاح والرجعة » . **وخصت لتأكيد أمر الأبضاع** ؛ وإلا فكل التصرفات كذلك . وفى رواية والعتق ، **وخص لتشوف الشارع اليه**[3] » .

٤١٤ (٣) — *تقدير نظرية الإرادة الظاهرة* : انتهينا مما سبق إلى أن الفقه الإسلامى يأخذ فى التصرفات غير القابلة للفسخ بالإرادة الظاهرة ، عند ما ينفصم الاتفاق بينها

(١) المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ١١٠ — ١١١ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) نهاية المحتاج للرملى ، ج ٦ ، ص ٨٢ ، س ١٥ .

وبين الإرادة الباطنة . ونتساءل الآن عن مدى سيادة هذا العنصر فى هذا النوع من التصرفات ، أهو مطلق ، أم أن ثمة عناصر أخرى تحد من سيادته ، وتلطف من غلوائه ؟

تبدو خطورة هذا التساؤل ، بصورة خاصة ، إذا لاحظنا الأمرين الآتيين :

(١) إن هذه التصرفات يندرج بينها النكاح والطلاق ، وهما تصرفان على جانب كبير من الخطورة فى تنظيم الأسرة التى يجب ألا يترك التآمها وانفصامها لمحض هزل عابر .

(٢) إن الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى التصرفات الصورية غير القابلة للفسخ لا يقتصر على مجال الحكم القضائى ، على غرار اعتداد المشرع بالإرادة الظاهرة فى حالات التحفظ الذهنى بل يتمداه إلى نطاق الحكم الديانى حيث يعول فيه أيضاً فى الصورية على الإرادة الظاهرة دون أن يلتفت إلى الإرادة الباطنة . وبعبارة أخرى ، إن تعبير الطلاق المقرون بالتحفظ الذهنى إذا أفضى إلى تحريم الزوجة قضاء ، فهى ما تزال زوجته ديانة ، يحل له وطؤها ؛ خلافاً لتعبير الطلاق المقرون بالهزل ، الذى يؤول إلى تحريم الزوجة قضاء وديانة .

الواقع إن نشاط العنصر المادى فى التصرفين آنفى الذكر يقترن بملطفات داخلية ، وخارجية تحد الكثير من غلوائه .

أما الملطف الخارجى فنجده فى اشتراط حضور الشاهدين وسماعهما وفهمها . وهذه القيود التى تثقل عقد النكاح لدى مذاهب أهل السنة ، وتثقل الطلاق لدى أهل الشيعة الإمامية ، تخفف فى رأينا إلى حد كبير من مساوىء التكوين الطارىء لهذين التصرفين إذا تما هزلا .

أما الملطف الداخلى فنجده فى القيود التى يفرضها الفقه الإسلامى على عقد النكاح ، والتى تبدو فى اشتراط الرأى السائد للفظية فى صيغته ، واشتراط البعض خصوص الصيغة فيه ، وتحتيم البعض الآخر صدوره باللغة العربية . إن هذه القيود التى يفرضها الفقه الإسلامى على الداخل فى باب الحل تخفف إلى حد كبير من التسهيلات التى يقدمها هذا الفقه إلى الداخل فيه عن طريق الهزل ، ونجد هذا الملطف بصورة

خاصة لدى الشيعة فى اشتراطهم صدور الطلاق باللغة العربية وبلفظ مشتق من الطلاق[1] .

يتضح لنا مما تقدم أن الشارع الإسلامى إذا خرج عن خطته فى إثقال القيود على الداخل إلى باب الحل ، عند ما صحح نكاح الهازل . فهو قد اطمأن فى نفس الوقت إلى القيود العديدة الأخرى التى تكبح من جماح هذا التصحيح ، وتضعه عند حده المعقول .

أما التصرفات الأخرى غير القابلة للفسخ كالعتاق ، والعفو عن القصاص ، والنذر ، والرجعة ، والصلح . فلا خطر فيها من سيادة العنصر المادى عند ما تصدر على سبيل الهزل ، ذلك لأنها جميعاً من التصرفات التى حببها الشارع للأفراد ، وتشوف إليها فكان لذلك ، فى اعتداده بها عند ما تصدر هزلا ، غير خارج عن خطته فى تيسير أسبابها .

٤١٥ (٤) — نظرية الإرادة الحقيقية : ذهبت قلة من الفقهاء فى مذاهب مالك وابن حنبل والشافعى إلى ضرورة الاعتداد بالإرادة الباطنة فى التصرفات غير القابلة للفسخ . ولعله لم يرق لأصحاب هذه المحاولة ما رافق الإمعان فى الاعتداد بالإرادة الظاهرة من محاذير فدعوا إلى نبذه وقياس هذه التصرفات على التصرفات القابلة للفسخ ، مستجيبين فى ذلك إلى مبدأ الرضائية وما يقتضيه من إيثار للإرادة الحقيقية .

وقد ذهب بعض الحنابلة إلى تعليل هذه المحاولة بقوله : « ويتخرج فى نكاح التلجئة أنه باطل ، لأن الاتفاق الموجود قبل العقد بمنزلة المشروط فى العقد فى أظهر الطريقين لأصحابنا ، ولو شرطا فى العقد أنه نكاح تلجئة ، لا حقيقة لكان نكاحاً باطلا ، وإن قيل إن فيه خلافاً ، فإن أسوأ الأحوال أن يكون كما لو شرطا أنها لا تحل له . وهذا الشرط يفسد العقد على الخلاف المشهور[2] » .

ويلاحظ أن أغلب المحاولات التى قامت فى هذا الصدد قد عنيت بعقد النكاح بصورة خاصة ، فدعت إلى التعويل فيه على الإرادة الباطنة ؛ ولعل الباعث الذى حدا ببعض الفقهاء إلى الخروج فى عقد النكاح عن قاعدة الأخذ بالإرادة الظاهرة فى نظائره

(١) راجع م ١١٣٤ من القانون المدنى الإيرانى .
(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨١ ، س ١٨ .

من التصرفات غير القابلة للفسخ ، هو ما يحظى به هذا العقد من مكانة خاصة دعتهم إلى تخصيصه بخصوصيات سبق أن وقفنا عندها .

جاء فى إعلام الموقعين : « وذكر بعضهم أن الشافعى نص على أن نكاح الهازل لا يصح بخلاف طلاقه[1] » .

وجاء أيضاً : « وروى عنه [مالك] على بن زياد أن نكاح الهازل لا يجوز . قال بعض أصحابه فإن قام دليل الهزل لا يلزمه عتق ولا نكاح ولا طلاق ولا شيء عليه من الصداق[2] » .

وجاء فى أحكام المعاملات للاستاذ على الخفيف أن « من المالكية من سوى بين جميع تصرفاته [الهازل] فلم يعتبر عبارته على الإطلاق[3] » .

وجاء فى كتاب «الفقه الإسلامى» للاستاذ محمد سلام مدكور : « لكن بعض المالكية يعممون إلغاء اعتبار عبارة الهازل ومن فى حكمه جميع العقود على السواء ، ولا يستثنون فيها شيئاً . فزواج الهازل وطلاقه ، وعتقه ، وبيعه ، وهبته ، وإجارته ، وسائر عقوده لاغية ، سواء أكان فيها حق الله أم حق العباد ، إذا ثبت بالدليل ، لأنه يكون مجرد لفظ ، من غير وجود نية ، وهو رواية عن أحمد وبعض الفقهاء . وقالوا إن الحديث منقطع الإسناد[4] » [5] .

ثانيا : الصورية فى التصرفات القابلة للفسخ

٤١٦ — التصرفات التى تحتمل الفسخ هى التى يجوز فيها النقض والإقالة ، كالبيع والإجارة ، والصورية فيها قد تكون مطلقة وقد تكون نسبية .

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٩ .
(٢) المرجع السابق ، ص ١١٠ .
(٣) أحكام المعاملات للأستاذ الشيخ على الخفيف ، ص ١٥٨ .
(٤) الفقه الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف٢٦٦ ص ٢٨٢ — ص ٢٨٣ .
(٥) يلاحظ أن المذهب الشافعى يبطل اليمين الصورى ، فى البدائع (ج٣،ص ١١ ، س١٨) : « وكذا الجد والعمد ، فتصح [اليمين] من الخاطىء والهازل عندنا خلافاً للشافعى

الصورية المطلقة

٤١٧ — وهى أن يتوطأ المتعاقدان على أن العقد الذى سيعقدانه فى الظاهر لا وجود له فى الحقيقة .

وعرفها ابن الهمام بقوله : أن لا يراد باللفظ ودلالته المعنى الحقيقى ولا المجازى ، بل أريد باللفظ غيرهما ، وهو ما لا يصلح إرادته منه[١] .

وعرفها النسفى بقوله:أن يراد بالشىء مالم يوضع له ، ولا ماصلح له اللفظ استعارة . يعنى أن يراد باللفظ معنى لا يكون اللفظ موضوعاً له ، ولا يكون صالحاً لأن يراد به ذلك المعنى على سبيل الاستعارة .

وصورة الهزل أن يقول العاقد إلى من يتواطأ معه : « إنى أظهر أنى بعت منك دارى ، وليس ببيع فى الحقيقة ، وإنما هو تلجئة » .

ويطلق الفقهاء المسلمون على البيع الصورى تسمية « التلجئة » ، لما تتضمنه من اللجوء إلى الغير ، والاحتماء بستار صورى ، ينقذ به العاقد المتواطىء ماله المهرب من تربص غاصب أو تسلط دائن .

٤١٨ — وتتحقق الصورية بأحد طريقين : إما بمواضعة سابقة ، بأن يتواطأ الطرفان على أن العقد الذى سيعقدانه صورى لا يراد حكمه ، ثم يعقد االعقد متفاهمين على أساس تواطئهما السابق . وإما أن تستفاد من قرائن الحال التى تدل على أن المتكلم هازل لا جاد . ويلاحظ هنا أن الأحناف يعتدون بالطريقة الأولى دون الثانية ، فهم يشترطون أن يتقدم الهزل دليله ، خلافاً للحنابلة الذى يعتبرون الهزل متحققاً بدلالة الحال[٢] .

جزاء الخلاف بين الإرادة والتعبير فى الصورية المطلقة

٤١٩ — وقف الفقهاء المسلمون مواقف ثلاثة من العقد الصورى ، فمنهم من

---

(١) التقرير والتحبير ، ج ٢ ، ص ١٩٤ ، س ١٦ .

(٢) راجع الفقة الإسلامى للأستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٢٦٦ ، هامش رقم ٢ ص ٢٨١ وانظر ابن عابدين ج ٤ ، ص ٧ .

ذهب إلى صحته معتداً بإرادة المتواطئين الظاهرة . ومنهم من ذهب إلى بطلانه معولا على إرادة المتواطئين الباطنة . ومنهم من توسط بين الرأيين فذهب إلى فساده .

٤٢٠ — نظرية الإرادة الظاهرة : ذهب إلى تصحيح العقد الصورى كل من الشافعى فى قوله الأصح وما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية لدى الأحناف ، وأبو الخطاب من الحنابلة ، ورأى للدردير من المالكية[1] .

واستندوا فى تصحيحهم للعقد الصورى إلى اعتبارات ثلاث :

٤٢١ —(١) فمنهم من صرح بانحيازه إلى الإرادة الظاهرة، استجابة للخطة العامة فى مذهبه التى تؤثر اللفظ على القصد . جاء فى المجموع شرح المهذب : « قال أصحابنا فى بيع الهازل وشرائه وجهان . أصحهما ينعقد كالطلاق وغيره . والثانى : لا . لأن الطلاق يقبل الإعزار .

قال القاضى حسين : وهما مبنيان على مسألة السر والعلانية فى الصداق ، وهى إذا تواطآ فى السر على أن المهر ألف ، ثم عقداه فى العلانية بألفين . فقولان : هل المهر مهر السر أو العلانية ؟ فإن قلنا بالسر ، لم ينعقد بيع الهازل ، لأنه لم يقصد بيعا ، وإلا فينعقد عملا باللفظ ، ولا مبالاة بالقصد.

هكذا ذكرا الجمهور الخلاف فى بيع الهازل وجهين . وقال الجرجانى : هما قولان . قال : وقيل وجهان[2] . »

٤٢٢ — (٢) ومنهم من استند فى تصحيحه للعقد الصورى إلى قياس الاتفاق السابق على العقد الصورى على الشرط الفاسد السابق للعقد . فكما أن هذا الشرط الفاسد يلغو إذا ماجاء العقد اللاحق خالياً منه ، فكذلك الاتفاق السابق فى الصورية يلغو . ومادام الاتفاق السابق المعبر عن الإراده الباطنة قد أصبح لاغياً ، فلم يبق أمام المشرع سوى الإراده الظاهرة فى العقد الصورى وهذا مايجب الاعتداد به .

---

(١) جاء فى حاشية الدسوقى على الشرح الكبير للدردير (ج ٣ ، ص ٣ ، ص ٣٦) : « وظاهر كلام المصنف انعقاد البيع ولوقال المشترى « لاأرضى » أو « كنت هازلا » ولايمين عليه لأنه قدمها على المسائل التى يحلف بها » .

(٢) المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، ص ١٧٣ .

ونستعرض فيما يلى الاستدلال السابق كما ورد فى كتب المذهب الشافعى والمذهب الحنفى : جاء فى المهذب للشيرازى : « وصورة بيع التلجئة أن يتفقا على أن يظهرا العقد إما للخوف من ظالم ونحوه ، وإما لغير ذلك . ويتفقا على أنهما إذا أظهراه لايكون بيعاً . ثم يعقدا البيع . فإذا عقداه ، انعقد عندنا ، ولا أثر للاتفاق السابق . وكذا لو اتفقا على أن البيع بألف ، ويظهرا بألفين ، فعقدا بألفين ، صح البيع بألفين ، ولا أثر للاتفاق السابق . هذا مذهبنا . وكذا رواه أبو يوسف عن أبى حنيفة . . . دليلنا أن الاتفاق السابق ملغى ، بدليل أنهما لو اتفقا على شرط فاسد ، ثم عقدا بلا شرط ، صح العقد »[1] .

وفى البدائع : « وروى أبو يوسف عن أبى حنيفة أن البيع جائز ، لأن ماشرطاه فى السر لم يذكراه فى العقد ، وإنما عقدا عقداً صحيحاً بشرائطه . فلايؤثر فيه ما تقدم من الشرط ، كما إذا اتفقا على أن يشترطا شرطاً فاسداً عند البيع ، ثم باعا من غير شرط[2] »

٤٢٣ — (٣) ومنهم من استند إلى جملية آثار التصرفات فى الفقه الإسلامى .

---

(١) المرجع السابق ، جـ ٩ ، ص ٣٣٤ ، س ١ .

(٢) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٦ ، أشار ابن قدامة فى المغنى (جـ ٤ ، ص ٢١٤) إلى أن أبا حنيفة يقول بصحة العقد الصورى ، إذ يقول : « بيع التلجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعى هو الصحيح » . ولعل ابن قدامة يريد أن يشير فى قوله بتصحيح أبى حنيفة للعقد الصورى إلى ما جاء عن طريق غير ظاهر الرواية ، وهو ما أشار إليه صاحب البدائع فى النص الذى نقلناه عنه فى المتن . وقد استشكل الأستاذ محمد يوسف موسى ما ذكره صاحب المغنى من أن أبا حنيفة يقول بتصحيح العقد الصورى بعد أن قارنه بنصوص أخرى نقلها من المذهب الحنفى تذهب إلى بطلان العقد الصورى عند أبى حنيفة ، بقوله : « وحكاية أن أبا حنيفة يرى مع الشافعى صحة هذا البيع أمر مشكل إذا لاحظنا ما نقلناه سابقاً من أن الأحناف جميعاً يرون أن هذا العقد غير صحيح ، لأنه لم يكن تعبيراً صريحاً عن إرادتى طرفيه (راجع الأموال ونظرية العقد ، ف ٤١٦ ، ص ٢٩١) » . والواقع أنه ليس ثمة تعارض بين ما نقله المؤلف عن ابن قدامة وما نقله عن بعض الأحناف ، فالأول منهما يشير إلى ما جاء عن غير ظاهر الرواية والقاضى بصحة العقد الصورى ، والثانى يشير إلى ماجاء عن ظاهر الرواية والقاضى بعدم صحة العقد الصورى .

ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور محمد يوسف موسى قد صور المذهب الشافعى على أنه يأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة على غرار المدرسة الألمانية راجع كتابه الأموال ونظرية العقد (هامش ص ٢٨٩ ، ف ٤١٤) والواقع أن القانون الألمانى يقضى ببطلان العقد الصورى آخذاً بالارادة الحقيقية للمتعاقدين لا بارادتهما الظاهرة كما أشار المؤلف . راجع ما سبق ، ف ٤٠٢ ، ص ٣٨٦ .

ومؤداها أن الشارع فى الفقه الإسلامى هو الذى يرتب على التصرفات آثارها ، فلا غرابة إذن إذا قضى هذا الشارع بتصحيح العقد الصورى ، ولو لم تكن هذه الآثار مرادة من العاقد نفسه . إذ أن دور هذا الأخير ينحصر ، وفق هذه النظرية ، فى تحريك السبب . أما الآثار فردها إلى الشارع .

جاء فى إعلام الموقعين فى بيان هذا الاستدلال : « وقال أبو الخطاب فى انتصاره يصح بيعه [الهازل] كطلاقه ، وخرجها بعض الشافعية على وجهين : ومن قال بالصحة قاس سائر التصرفات على النكاح والطلاق والرجعة .

والفقه فيه : أن الهازل أتى بالقول غير ملتزم لحكمه . وترتيب الأحكام على الأسباب للشارع لا للعاقد ، فإذا أتى بالسبب ، لزمه حكمه ، شاء أم أبى ؛ لأن ذلك لا يقف على اختياره . وذلك أن الهازل قاصد للقول ، مريد له ، مع علمه بمعناه وموجبه . وقصد اللفظ المتضمن للمعنى قصد لذلك المعنى لتلازمهما ، إلا أن يعارضه قصد آخر ، كالمكره والمخادع المحتال ، فإنهما قصدا شيئاً آخر غير معنى القول وموجبه . ألا ترى أن المكره قصد رفع العذاب عن نفسه ، ولم يقصد السبب ابتداء ، والمحلل قصد إعادتها إلى المطلق ، وذلك مناف لقصده موجب السبب . وأما الهازل فقصد السبب ، ولم يقصد حكمه ، ولا ماينافى حكمه ، فترتب عليه أثره .

فإن قيل : هذا ينتقض عليكم بلغو اليمين ، فإنه لا يترتب عليه حكمه . قيل : اللاغى لم يقصد السبب ، وإنما جرى على لسانه ، من غير قصده ، فهو بمنزلة كلام النائم والمغلوب على عقله .

وأيضاً فالهزل أمر باطن ، لا يعرف إلا من جهة الهازل ، فلا يقبل قوله فى إبطال حق العاقد الآخر[1] » .

٤٢٤ — *نظرية الإرادة الباطنة* : ذهب إلى الاعتداد فى العقد الصورى بالإرادة الباطنة وتقرير بطلانه كل من مالك وأحمد بن حنبل والشافعى فى أحد قولين له .

---

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ١١٠ ، س ٤ ، وراجع ماسبق ف ٤٩٠ ص ٣١٠ .

جاء فى إعلام الموقعين : « ومذهب مالك الذى رواه ابن القاسم عنه ، وعليه العمل عند أصحابه أن هزل النكاح والطلاق لازم بخلاف البيع[1] » .

وفى المغنى : « بيع التاجئة باطل ، وقال أبو حنيفة والشافعى هو صحيح ، لأن البيع تم بأركانه وشروطه خالياً من مفسد ، فصح ؛ كما لو اتفقا على شرط مفسد ، ثم قصدا البيع بلا شرط . ولنا أنهما ماقصدا البيع ، فلم يصح منهما ، كالهازلين[2] » .

وظاهر أن هذا الرأى الأخير يبطل العقد الصورى لانتفاء قصد طرفيه ، كما أشار إليه ابن قدامه بقوله : « إنهما ماقصدا البيع ، فلم يصح منهما » .

٤٢٥ — الرأى الوسط : يذهب الأحناف إلى أن العقد الصورى هو عقد فاسد . ونبحث فيما يلى : (١) المسوغات التى حدت بالفقه الحنفى إلى تقرير فساد العقد الصورى. (٢) آثار العقد الصورى الفاسد . (٣) الاعتراض على الرأى القائل بأن الأحناف يذهبون إلى أن العقد الصورى باطل . (٤) فى رأينا أن العقد الصورى لدى الأحناف هو عقد موقوف .

٤٢٦ — (١) **تعليل فساد العقد الصورى لدى الأحناف** : سبق أن أشرنا إلى أن الركن المعنوى فى التعبير عن الإرادة ينتظم عنصرين إرادة التعبير وإرادة الأثر ونشير هنا إلى أن الأحناف يطلقون على « إرادة التعبير » تسمية « الاختيار » ويطلقون على « إرادة الأثر » تسمية « الرضا » فإذا ما توافرت هاتان الإرادتان قام العقد صحيحاً لأنه يكون آنذاك مشروعاً بأصله ووصفه أما إذا توافرت إرادة التعبير فقط — الأمر الذى يستتبع مشروعية العقد أصلا — وتخلفت إرادة الأثر — الأمر الذى يستتبع عدم مشروعية العقد وصفاً — فعندها يكون العقد فاسداً . لأن الشأن فى العقد الفاسد أن يكون لدى الأحناف مشروعاً بأصله دون وصفه[3] .

---

(١) المرجع السابق ، ص ١٠٩ ، س ٢٠ .

(٢) المغنى ، ج ٤ ، ص ٢١٤ .

(٣) انفرد الأحناف بصناعة فقهية خاصة بهم، قامت على أساس التمييز بين أصل العقد ووصفه ، والتمييز تبعاً لذلك بين العقد الفاسد والعقد الباطل أما أصل العقد فهو الركن ، وهو الإيجاب والقبول مستوفيين شروطهما ، من حيث تطابقهما ، وصدورهما فى مجلس متحد ، ومنصبين على محل ممكن ؛ ومعين ، وقابل للتعامل ، وصادرين عن عاقدين عاقلين فأكثر .

وإليك تمليلات الفقهاء الأصوليين لفساد عقد الهازل كما وردت فى كتبهم .

جاء فى التقرير والتحبير : « فرضى الهازل — بالمباشرة — أى بالتكلم بصيغها — لا بحكمها — أى لا بثبوت الأثر المترتب عليها الموضوعة له[(١)] » .

وفى مرآة الأصول: « وهو لاينافى اختيار المباشرة والرضاء بها ، بل اختيار الحكم والرضاء به — يعنى أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضائه ، لكنه **لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه** . والاختيار هو القصد إلى الشىء ، وإرادته والرضا هو إيثاره واستحسانه . فالمكره على الشىء مثلا يختار ذلك ولا يرضاه . ومن ههنا قالوا إن المعاصى والقبائح بإرادة الله تعالى لا برضاه ، لأن الله تعالى لا يرضى لعباده الكفر[(٢)] » .

وفى أصول الفقه للخضرى : « فإن كانت [المواضعة] على أصل العقد . . . كان حكم العقد كحكم ما شرط فيه الخيار مؤبداً ، لأنهما قد رضيا بمباشرة العقد ، ولم يرضيا بحكمه . فالعقد يكون فاسداً[(٣)] » .

٤٢٧ — (٢) *آثار العقد الصورى الفاسد* : للعقد الفاسد وجود شرعى ، فهو إذن ليس بمعدوم الأثر . وأبرز آثاره ثلاثة : (١) إن العقد الصورى قابل للنقض من قبل أحد الطرفين المتواطئين . (٢) إن القبض اللاحق للعقد الصورى لا ينقل الملكية من الناقل إلى المتصرف إليه. (٣) إن العقد الصورى قابل للإجازة من الطرفين المتواطئين. تلك هى أبرز آثار العقد الصورى ونحن إذا ما قابلنا بينها وبين آثار العقد الفاسد بوجه عام ألفيناها تلتقى معها فى الأثر الأول بينما هى تفترق عنها فى الأثرين الثانى والثالث

= أما أوصاف العقد فنها مايرجع إلى المحل،ومنها مايرجع إلى الرضا . أما التى ترجع إلى المحل: فهى أن يكون غير منهى عنه بأن لا يكون ثمة ضرر فى تسليمه ، أو دخله الغرر ، أو الشرط الفاسد ، أو الربا . وأما الذى يرجع إلى الرضا : فهو خلوه عن الإكراه ، والهزل .

فإذا مااختل الركن أو شرط من شرائطه انهار العقد ، وبطل . وإذا ما اختل وصف من أوصافه ، بأن دخل محله الغرر أو الشرط الفاسد أو الضرر عند التسليم أو شاب الرضاء إكراه أو هزل ، فالعقد فاسد .

(١) التقرير والتحبير ، ج ٢ ، ص ١٩٤ .

(٢) مرآة الأصول شرح مرقاة الوصول ، ص ٣٥٠ .

(٣) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٢٤ .

ذلك بأن العقود الفاسدة بوجه عام تنقل الملكية بالقبض، ولا تقبل الإجازة[1]. هذا وإذا قابلنا بين آثار العقد الصورى وآثار العقد المشوب بالإكراه — وكلاهما يقبل الإجازة — رغم فساده نجد أن الإجازة اللاحقة للعقد الصورى لا تصححه إلا إذا كانت صادرة من الجانبين ، بينما يكتفى بصدورها فى العقد المشوب بالإكراه من جانب واحد وهو العاقد المكره . ولعل مرد هذه التفرقة يعود إلى كون فوات الرضا فى الصورية هو من الجانبين لا من جانب واحد كما هو الحال فى الإكراه[2] .

---

(١) ونفصل فيما يلى آثار العقد الفاسد بصورة عامة لكى يتسنى إيضاح وجوه الالتقاء والافتراق بينها وبين آثار العقد الصورى بوجه خاص . الأصل فى العقد الفاسد أن لا ينتج أثراً قبل القبض أما بعد القبض فقد ينتج بعض الآثار وعليه نتكلم عن آثار العقد الفاسد فى هاتين المرحلتين :

١ — العقد الفاسد قبل القبض : ليس ينتج العقد الفاسد أثراً قبل القبض ، ومن ثم لا تلحقه الإجازة ، ويجوز لكل من المتعاقدين أن يتمسك بفسخه ، ولا تثبت فيه الشفعة ولا ينتقل به الملك قبل القبض ، فلا يصبح المشترى بعقد فاسد مالكاً المبيع ، ولا يجوز للبائع أن يجبر المشترى على دفع الثمن ، كما لا يجوز للمشترى أن يجبر البائع على تسليم المبيع ، لأن كلا من البائع والمشترى يملك الفسخ .

على أن العقد الفاسد ، إذا لم يكن عقداً صحيحاً ، فهو مع ذلك منعقد ، وله وجود شرعى ، لا وجود مادى فحسب . فهو عقد قائم ، ولكن يجوز فسخه من كل من العاقدين .

وهذا الفسخ دليل على أن العقد له وجود ، إذ لولا هذا الوجود لما كانت هناك حاجة إلى الفسخ .

فالعقد الفاسد إذن له وجود شرعى ، ولكنه وجود قلق مهدد بالزوال فى كل وقت .

٢ — العقد الفاسد بعد القبض : متى تم قبض المبيع صحيحاً بإذن البائع ، فإن العقد يقوى عما كان عليه قبل القبض . فقد أكد العاقدان نيتهما فى تنفيذه بالرغم من فساده . على أن هذا التنفيذ لا يعتبر إجازة للعقد ، فقد قدمنا أن العقد الفاسد لا تلحقه الاجازة ، ويبقى العقد قابلا للفسخ . وإذا كان الفساد فى صلب العقد كان لكل من العاقدين فسخه قبل القبض وبعده ، أما إذا كان الفساد لشرط فاسد فقبل القبض يكون لكل من العاقدين فسخه ، إلا إذا زال المفسد بتراضيهما . وبعد القبض يستقل بالفسخ من له منفعة فى الشرط على قول محمد . أما على قول أبى حنيفة وأبى يوسف فلكل من العاقدين حق الفسخ إلى أن ينزل صاحب الشرط عن شرطه .

على أن العقد الفاسد بعد القبض يثبت الملك فى الجملة ، ولكنه ملك من نوع خاص ، هو ليس ملكاً مطلقاً كالملك الذى يفيده العقد الصحيح ، بل هو ملك يستحق الفسخ ، ومضمون بالقيمة لا بالمسمى ، ويفيد انطلاق التصرف دون الانتفاع بعين المملوك .

وتبدو ثمرة هذه الملكية بوجه خاص ، عندما يتصرف المشترى بالمبيع الى شخص آخر حيث ينفذ تصرف المشترى للغير فى حق البائع . وتبدو أيضاً فى حالة تغير المبيع لدى المشترى شراء فاسداً ، إذ يترتب على هذا التغيير حماية المشترى نفسه وثبات ملكيته واستقرارها بعد أن كانت مزعزعة مهددة بالفسخ . (راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٨٧) .

(٢) راجع ماسيأتى ، ف ٤٦٠ .

ويقول صاحب مرآة الأصول فى بيان وجوه الالتقاء والافتراق بين الفساد فى العقد الصورى والفساد فى بقية العقود : « وإن اتفقا على بناء العقد على الهزل والمواضعة صار كخيار الشرط للعاقدين مؤبداً ، لوجود الرضا بالمباشرة لا الحكم، وهو الملك ، كما فى الخيار، فيفسد العقد، كما فى الخيار المؤبد، لكن لا يملك بالقبض كما يملك فى سائر البيوع الفاسدة لعدم اختيار الحكم . فإن نقضه — أى العقد الذى اتفقا على أنه مبنى على المواضعة — أحد المتعاقدين انتقض ؛ لأن لكل واحد منهما ولاية النقض. لكن الصحة تتوقف على اختيارهما جميعاً لأنه بمنزلة شرط الخيار لهما . فإجازة أحدهما لا تبطل خيار الآخر . وقدر الإمام مدة الخيار بثلاثة أيام اعتباراً بالخيار المؤبد حتى يتقرر الفساد بمضى المدة، وعندهما يجوز الاختيار ما لم يتحقق النقض[1] » .

وفى أصول الفقه للخضرى : « فالعقد يكون فاسداً ولا يفيد الملك بالقبض لعدم اختيار الحكم . وإذا نقضه أحدهما انتقض ، وليس لواحد منهما الاستقلال بإجازته ، فإذ أجازاه جاز مطلقاً عند الصاحبين ، وبشرط أن تكون الإجازة فى بحر الأيام الثلاثة التالية للعقد عند الإمام[2] » .

٤٢٨ — (٣) الاعتراض على الرأى القائل بأن العقد الصورى لدى الأحناف هو عقد باطل : يذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء فى كتابه « المدخل الفقهى العام » إلى أن المحققين من فقهاء الحنفية يقولون ببطلان عقد الهازل إذ يقول : « اختلاف النظر الفقهى فى عقد الهازل :

— فقيل هو منعقد فاسد ، لكنه لا يترتب عليه حكم ، فالمشترى الهازل لا يملك المبيع بالقبض ، والمستعير الهازل لا يجوز له الانتفاع بالعارية ، وهكذا .

— وقيل هو باطل غير منعقد ، لانتفاء الإرادة فيه ، بالنسبة إلى أصل العقد ، بدليل أنه لا يترتب عليه حكم باتفاق آراء الفقهاء ، وهذه نتيجة البطلان .

والمحققون من فقهائنا على هذا الرأى الثانى ، فهم يذكرون فى شتى المناسبات أن عقد الهازل باطل غير منعقد .

(راجع : البدائع ٥/١٧٦/ ، وفتح القدير للكمال بن همام ٥/٤٥٩/ ورد المحتار ٤/٧)

(١) مرآة الاصول ، ص ٣٥١ .

(٢) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٢٤ .

وهذا هو الرأى الأوجه بالنظر إلى المبادىء العامة التى أثبتناها عن الإرادة العقدية وأقسامها وأحكامها ، فلذا رجحنا هنا البناء على اعتباره باطلا ، وعددناه فى العقود الصورية[1] » .

ويلاحظ من النص السابق أن المؤلف قد استند فى تقريره لبطلان العقد الصورى لدى الأحناف إلى نصوص : الكاسانى ، والكمال بن همام ، وابن عابدين .

ولقد انتهى بنا استقراؤنا لهذه النصوص إلى أن دعوى المؤلف لا تستند إلى أساس صحيح للأسباب الآتية :

(١) إن صاحب رد المحتار يعلن بجلاء ، وفى أكثر من موضع ، أن عقد الهازل فاسد ، وهذا يخالف صراحة ما ذهب إليه المؤلف .

(٢) إن صاحب البدائع يتردد بين البطلان والفساد ، فهو فى الوقت الذى يشير فيه إلى أن الهزل فى البيع يفضى إلى البطلان ، يشير فى مكان آخر إلى أن الهزل فى الوصية والإجارة والمكاتبة يفضى إلى الفساد . وواضح أن هذه الأقوال المضطربة لا تصلح سنداً .

(٣) إن نص الكمال بن همام لا يصلح أساساً لدعوى المؤلف ، لأنه ثبت أنه قد حاول العدول عن النزعة الموضوعية فى الفقه الحنفى فى أكثر من موضع . ولعل محاولته هنا تقرير بطلان عقد الهازل تساير خطته العامة التى خرج فيها عن إجماع مذهبه كما سنرى . وهو إلى جانب ذلك قد ذكر بصراحة أن عقد الهازل عقد فاسد . فى كتابه « التحرير » .

ونفصل فيما يلى هذه الأدلة الثلاثة :

(١) **الدليل الأول** : لم نجد فى نصوص ابن عابدين ما يشير إلى أنه يجنح إلى اعتبار عقد الهازل باطلا ، بل هو يذهب بصراحة كما أشرنا إلى فساد عقوده . وقد كرر رأيه فى كتابه رد المحتار فى أكثر من موضع ، وإليك فيما يلى نصين لابن عابدين ينطقان بهذه النتيجة :

---

(١) المدخل الفقهى العام للأستاذ مصطفى الزرقاء ، هامش ١ ف ١٨١ ، ص ٣٥٥ .

جاء فى رد المحتار : « وكثيراً ما يطلقون الفاسد على الباطل . . . لكن يرد على بطلانه أنهما لو أجازاه جاز . والباطل لا تلحقه الإجازة ، وأن الباطل ماليس منعقداً أصلا ، والفاسد ما كان منعقداً بأصله ، لا بوصفه ، وهذا منعقد بأصله ، لأنه مبادلة مال بمال ، دون وصفه ، ولذلك أجاب بعض العلماء بحمل مافى الخانية على أن المراد بالبطلان الفساد . . **قلت وهذا أولى لموافقته لما فى كتب الاصول من أنه فاسد**

وأما عدم إفادته الملك بالقبض فلكونه أشبه البيع بالخيار لهما . وليس كل فاسد يملك بالقبض ، ولذا قال فى الأشباه : إذا قبض المشترى المبيع فاسداً ملكه إلا فى مسائل :

الأولى : لا يملكه فى بيع الهازل كما فى الأصل .

الثانية : لو اشتراه الأب من ماله لابنه الصغير ، أو باعه له كذلك فاسد لا يملكه بالقبض حتى يستعمله . كذا فى المحيط .

الثالثة : لو كان مقبوضاً فى يد المشترى أمانة لا يملكه به[1] » .

وفى رد المحتار فى مكان آخر : « **والاحسن ما اجبنا به فى اول البيوع من انه فاسد** ، كما صرح به الأصوليون ؛ لأن الباطل ما ليس منعقداً أصلا ، وهذا منعقد بأصله ، لأنه مبادلة مال بمال ، دون وصفه ، لعدم الرضا بحكمه ، كالبيع بشرط الخيار أبداً ، ولذا لم يملك بالقبض . وليس كل فاسد يملك بالبقض كما لو اشترى الأب شيئاً من ماله لطفله ، أو باعه له ، كذلك فاسد ، لا يملكه بالقبض ، حتى يستعمله ، كما فى المحيط[2] » .

الدليل الثانى : أعطى صاحب البدائع أوصافاً متعددة لعقد الهازل ، فهو بينا يذهب إلى تقرير بطلانه فى عقد البيع ، نراه يذهب إلى تقرير فساده فى مجالات أخرى ونستعرض فيما يلى النصوص التى تكشف تكييفه المزدوج :

أولا : النص الذى أشار فيه الكاسانى إلى بطلان العقد الصورى :

جاء فى البدائع : « فإن كانت [التلجئة] فى إنشاء البيع . . . فالبيع باطل فى

(١) ابن عابدين ، ج٤ ، ص ٧ — ٨ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٥٦ ، س ١٧ .

ظاهر الرواية عن أبي حنيفة وهو قول أبي يوسف ومحمد لأنهما تكلما بصيغة البيع لا على قصد الحقيقة وهو تفسير الهزل . والهزل يمنع جواز البيع ، لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب ، فلم يكن هذا بيعاً منعقداً فى حق الحكم . ولو أجاز أحدهما دون الآخر لم يجز . وإن أجازاه جاز ، كذا ذكر محمد ، لأن الشرط السابق ، وهو المواضعة ، منعت انعقاد العقد فى حق الحكم ، بمنزلة شرط خيار المتبايعين ، فلا يصح إلا بتراضيهما ، ولا يملكه المشترى بالقبض ، حتى لو كان المشترى عبداً فقبضه وأعتقه ، لا ينفذ إعتاقه ، بخلاف المكره على البيع والتسليم ، إذا باع وسلم ، فأعتقه المشترى ، إنه ينفذ إعتاقه ، لأن بيع المكره انعقد سبباً للحكم ، لوجود لرضا بمباشرة السبب عقلا ، لما فيه من صيانة نفسه عن الهلاك ، فانعقد السبب ، إلا أنه فسد لانعدام الرضا طبعاً ، فتأخر الملك فيه إلى وقت القبض . أما ههنا ، فلم يوجد الرضا بمباشرة السبب فى الجانبين أصلا ، فلم ينعقد السبب فى حق الحكم . . . فأشبه البيع بشرط خيار المتبايعين[1] » .

ويلاحظ أن الكاسانى يجعل مرد بطلان عقد الهازل انعدام إرادة التعبير لديه ، إذ يقول : « والهزل يمنع جواز البيع لأنه يعدم الرضا بمباشرة السبب » وهذا يخالف فى رأينا ما ذهب إليه الفقهاء من أن المنعدم فى حالة الهزل ليس هو إرادة التعبير بل هو إرادة الأثر . جاء فى مرآة الأصول : « وهو لا ينافى اختيار المباشرة والرضا بها ، بل اختيار الحكم والرضا به ، يعنى أن الهازل يتكلم بصيغة العقد مثلا باختياره ورضائه ، لكنه لا يختار ثبوت الحكم ولا يرضاه[2] » وفى التقرير والتحبير : « فرضى الهازل — بالمباشرة — أى التكلم بصيغتها — لا بحكمها — أى لا بثبوت الأثر المترتب عليها الموضوعة له[3] » . وفى أصول الفقه للخضرى : « لأنهما قد رضيا مباشرة العقد ولم يرضيا بحكمه[4] » .

ولعل عدم تمييز الكاسانى بين إرادة التعبير وإرادة الأثر — ذلك التمييز الذى

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٧٦ .
(٢) مرآة الأصول ، المرجع السابق .
(٣) التقرير والتحبير ، المرجع السابق .
(٤) أصول الفقه للخضرى ، المرجع السابق .

أقره المذهب الحنفي كما أشرنا[1] — هو الذى دعاه إلى منع انعقاد العقد سبباً وحكماً .

(٢) النصوص التى أشار فيها الكاسانى إلى فساد التصرفات الصورية :

جاء فى البدائع : « فلا تصح المكاتبة مع الإكراه ، والهزل ، والخطأ . لأنها من التصرفات التى تحتمل الفسخ **فيفسدها الكره ، والهزل ، والخطأ ، كالبيع** ونحوه[2] » .

وها نحن نجد الكاسانى يصرح بأن الهزل يفسد البيع عند ماقاس فساد المكاتبة الصورية على فساد البيع الصورى .

وفى البدائع أيضاً : « فلا يصح مع الكراهة ، والهزل ، والخطأ لأن هذه العوارض تنافى الرضا . فتمنع صحة الإجارة . ولهذا منعت صحة البيع[3] » وكما ترى لم يعتبر الكاسانى فى هذا النص الهزل مانعاً من انعقاد كل من الإجارة والبيع بل اعتبر وجوده مانعاً من صحة هذين العقدين .

وأخيراً نجد الكاسانى يعتبر تخلف الهزل شريطة لصحة الوصية ، لا شريطة لانعقادها حيث يقول : « لا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا[4] » .

نستخلص من النصوص الأخيرة أن الكاسانى يعتبر تخلف الهزل شريطة صحة لا شريطة انعقاد فى كل من المكاتبة والإجارة والوصية . وهذا فى رأينا يتعارض مع ما ذكره فى صدد التلجئة ، حيث ذهب إلى أن الهزل يبطل عقد البيع .

أضف إلى ذلك أننا إذا ما دققنا فى النصوص السابقة نجد الكاسانى يقرن الهزل فيها بالإكراه من حيث الحكم . وهذا يفيد ضمناً أن أثر الهزل مماثل لأثر الإكراه فى إفساد العقود المشوبة بهما .

وأمام هذا التعارض الملحوظ فى نصوص الكاسانى لا مجال للتعويل عليها فى الذهاب إلى أن الأحناف يقولون ببطلان العقد الصورى .

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٢٦ ، ص ٤٠٠ .
(٢) بدائع الصنائع ، ج ٤ ، ص ١٣٦ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٧٩ .
(٤) المرجع السابق ، ج ٧، ص ٣٣٥ .

الدليل الثالث : إن النص الذى ذهب فيه الـكمال بن همام إلى أن عقد الهازل باطل ، لا يمكن أن يلقى الضوء على موقف الـكمال من العقود الصورية ، إلا إذا وضع جنباً إلى جنب مع نص آخر يقرر فيه صاحب الفتح ثانوية التراضى فى انعقاد البيع .

حقاً لقد جاء فى كلام ابن الهمام إبان دعوته إلى العدول عن الاعتداد بالإرادة الظاهرة إلى الإرادة الباطنة ، وجعلها مناطاً للانعقاد فى صيغ الماضى التعاقدية ، قوله : « لا فرق بين بعته وأبيع فى توقف الانعقاد به على النية ولذا لا ينعقد بلفظ بعت هزلا[1] » .

وهذا النص الهام لا يمكن أن نفهمه على حقيقته إلا إذا وضعناه فى إطارين :

أما الإطار الأول فهو المبدأ الذى دعا فيه الكمال إلى العدول عن النزعة الموضوعية إلى النزعة الذاتية فى الصيغ التعاقدية ، والاعتداد بها مطلقاً بالإرادة الباطنة دون الإرادة الظاهرة ، وهذا المبدأ الخطير الذى دعا إليه صاحب الفتح والذى ينبو عن النزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى ، لم يلق أذناً صاغية لدى بقية الفقهاء الذين ظلوا يرددون نفس القواعد الموضوعية المجمع عليها ، والقاضية بالاعتداد بالإرادة الظاهرة فى صيغة الماضى[2] .

أما الإطار الثانى فهو المبدأ الذى دعا فيه الـكمال إلى « اعتبار حقيقة التراضى شرطاً لثبوت حكم العقد لا جزءاً من مفهومه » وقد نص عليه الـكمال بقوله : « وأما ركنه [البيع] فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين ، أو من يقوم مقامهما ، الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما ، وهذا مفهوم الاسم شرعاً . . . وقد يكون الرضا ثابتاً وقد لا يكون ، فإن لفظ « بعت » مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل إمارة عليه . فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر . فـكذا يتحقق « بعت » و « اشتريت » ولا رضا كما فى بيع المـكره . وهذا على ما اخترناه من **أن حقيقة التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى ، بل شرط ثبـــوت حكمه شرعا**[3] » .

---

(١) فتح القدير ، جـ ٢ ، ص ٣٤٨ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٣٤٨ ، ص ٣٤٤ .

(٣) فتح القدير ، جـ ٥ ، ص ٧٤ .

على أننا إذا قابلنا بين المبدأين آنفى الذكر الذين دعا الكمال إلى الأخذ بهما ، نجد أنهما لا يخلوان من التعارض ، فبينا ينهج المبدأ الأول نهجاً ذاتياً ، يميل المبدأ الآخر إلى النهج الموضوعى . ولئن ازور الفقهاء عن الاستجابة للمبدأ الأول ، كما رأينا ، فقد استجابوا بيسر إلى المبدأ الثانى . وبدا ذلك فى تعريفاتهم للبيع التى جردوها من قيد التراضى ، مطاوعين فى ذلك النزعة الموضوعية التى ضمنها الكمال مبدأه آنف الذكر[1] .

وبناء على ما تقدم ننتهى إلى القول بأن تقرير الكمال بطلان العقد الصورى لئن كان يتفق مع دعوته إلى المعيار الذاتى — الذى جاء هذا التقرير فى سياق الاستدلال على صحته — فهو لا يتفق مع النزعة الموضوعية ، التي دعا إليها الكمال فى مبدئه الآخر والتى صادفت استجابة الفقهاء الآخرين لها .

وهو إلى جانب ذلك لا يتفق وما جاء صراحة على لسان الكمال بن همام فى كتاب «التحرير» ، الذى خصص فيه الكمال بحثاً خاصاً للهزل ، وحيث يقول فيه : « إذا اتفق المتعاقدان على البناء على التواضع صار العقد كالعقد المشتمل على شرط الخيار للعاقدين مؤبداً ، إذ رضيا فيه بالمباشرة فقط ، لا بالحكم الذى هو الملك أيضاً كما فى الخيار المؤبد **فيفسد العقد فيه** كما فى الخيار المؤبد ولا يملك المبيع فيه بالقبض لعدم الرضا بالحكم[2] » .

والخلاصة أن الكتب التى استند إليها المؤلف لم تسعفه فى دعم دعواه بأن عقد الهازل باطل ، بل إن نصوصها جميعاً لتشير إلى أن عقد الهازل فاسد ، كما وضح من الاستقراء الذى أشرنا إليه .

---

(١) جاء فى الدرر (ج ٢ ص ١٤٢): « البيع مبادلة مال بمال عن طريق الاكتساب — لم يقل على سبيل التراضى ليتناول بيع المكره . »

وجا فى الفتاوى الهندية (ج ٣ ، ص ٢): « أما تعريفه (البيع) فمبادلة المال بالمال بالتراضى كذا فى الكافى — قوله بالتراضى قيد به اقتداء بالآية ، وليس جزءاً من التعريف كما حققه الكمال . »

(٢) التقرير والتحبير شرح تحرير الكمال بن همام فى علم الأصول للعلامة ابن أمير الحاج ، ج ٢ ، ص ١٩٤ .

ويؤيد ما ذهبنا إليه ما جاء في كتاب الملكية ونظرية العقد لاستاذنا الجليل الشيخ محمد أبي زهرة ، إذ يقول : « وكذلك إذا باع أو اشترى أو أجر مثلا وكان هازلا عند مباشرة العقد ، وصدرت عنه عبارات تدل على ذلك ، في هذه الحال ينعقد العقد ، ولكن لأن الرضا ، وهو الارتياح والرغبة في أحكام العقد غير متوافر لم يصح العقد ، بل يكون فاسداً ، ما دام مصراً على الهزل ، ولم يعدل عنه ، فإن عدل عنه انقلب العقد صحيحاً ، لأن الفساد كان بسبب عدم الرضا والرغبة لوجود الهزل ، وقد زال بالإعراض عنه ، والرغبة في أحكام العقد . ومن المقرر عند الحنفية أنه إذا فسد العقد لسبب من الأسباب التي تتعلق بالرضا يزول الفساد بزوال ذلك السبب ، ولأن العقد مع الهزل بمنزلة العقد مع خيار شرط لم تبين مدته[1] » .

وجاء في كتاب أحكام المعاملات لأستاذنا الجليل الشيخ علي الخفيف : «وأما العقود التي لا تصح مع الهزل فهي العقود التي لم تجعل العبارة فيها قائمة مقام معناها ... وهذا القسم من العقود يتوقف انعقاده على الاختيار ، وصحته على الرضا ، فإذا ما صدرت فيه العبارة من قاصد لها غير راض بها انعقدت ، أما إذا صدرت من غير قصد إليها لم تنعقد ، وعلى ذلك لا ينعقد بيع النائم والمغمى عليه ولا إجارتهما ، لعدم القصد والاختيار ، وينعقد بيع المكره والهازل وإجارتهما لتحقق القصد والاختيار منهما ولكن مع الفساد ، وذلك لأن هذا النوع من العقود تتوقف صحته على رضا العاقد وليس كل من المكره والهازل راضياً كما قدمنا ، فتقع فاسدة منهما ، وهذا هو المتفق مع القواعد[2] » .

ويرتضي الأستاذ محمد سلام مدكور في كتابه « الفقه الإسلامي » ما انتهى إليه تحقيق العلامة ابن عابدين الذي سبق أن أشرنا إليه ، إذ يقول : « وبهذا يكون بيع الهازل فاسداً فلو ارتفع سبب الفساد فيه ، فعدل الهازل عن هزله ، صح العقد ، ونفذ بلا حاجة إلى تجديده ، ولو كان باطلا ما انقلب صحيحاً[3] » .

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ص ١٩٢ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ علي الخفيف ، ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

(٣) الفقه الإسلامي للأستاذ محمد سلام مدكور ، طبعة عام ٩٥٨ ، هامش ٢ ف ٥٥١ ، ص ٣٩٤ .
انظر ايضاً الفقه الإسلامي للأستاذ عيسوي أحمد عيسوي ، طبعة عام ٩٥٨ ، ص ٤٠٨ وقارن الدكتور عبد الرزاق السنهوري ، مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٣٩ — ١٤٠ .

٤٢٩ — (٤) رأينا أن العقد الصوري لدى الأحناف هو موقوف :

مر معنا أن الأحناف يتجهون إلى اعتبار العقد الصورى فاسداً ، وأنه لا مجال لوصفه بالبطلان ؛ لأنه ذو وجود شرعى فهو قابل للإجازة وقابل للنقض ، ولولا قابلية الحياة فيه لما استطاعت الإجازة إحياءه ، ولما استطاع النقض إماتته ، ولأصبح القول بأن عقد الهازل قابل للنقض والإجازة هو من عبث القول الذى يتنزه الفقه عنه ! .

فالحقيقة التى لاشك فيها إذن هى أن عقد الهازل ليس بباطل ، ولـكن أهناك من شك يمكن إلقاؤه على وصف الفساد فيه ؟

لـكى يتسنى لنا الإجابة عن هذا السؤال نرى لزاما علينا أن نستعرض نقاط الالتقاء والافتراق بين أحكام الفساد فى عقد الهازل وبين أحكام العقد الفاسد بصورة عامة .

٤٣٠ — **الموازنة بين العقد الصورى والعقد الفاسد** : إن عقد الهازل كما رأينا قابل للنقض ، وهو فى هذا يلتقى مع أحكام العقد الفاسد بصورة عامة ولـكنه من جهة أخرى لا ينقل الملـكية بالقبض ، ويجاز وهو فى هذين الأمرين يفترق عن أحكام العقد الفاسد ، وإن كان يلتقى فى الأمر الثانى منهما مع ضرب خاص من ضروب العقد الفاسد هو عقد المـكره ، الذى يجاز بدوره من قبل المـكره .

وهكذا تـكشف هذه المقابلة ، كما هو ظاهر ، عن ضعف لون الفساد فى عقد الهازل ، لاستعصاء هذا العقد عن مسايرة قاعدتين رئيسيتين فى منطق الفساد ، وهما ناقلية العقد الفاسد للملك بالقبض وعدم قابليته للإجازة ، وإذا كان الأمر كذلك ، وبعد ما تبين لنا من ازورار أحكام عقد الهازل عن معنى البطلان ، أفمن سبيل إلى إدماج عقد الهازل فى زمرة العقد الموقوف ؟

٤٣١ — إن الإجابة عن هذا السؤال تتوقف على معرفة نقاط الالتقاء والافتراق بين أحكام العقد الموقوف وأحكام عقد الهازل . وهى تبدو فى أمرين :

أولا : إن عقد الهازل يجاز ، شأنه فى ذلك شأن العقد الموقوف ، وإن كانت الإجازة فى الأول واجبة الصدور من الجانبين .

ثانياً : إن عقد الهازل لا ينقل الملكية شأنه فى ذلك شأن العقد الموقوف . أما نقاط الافتراق فتبدو فى قابلية عقد الهازل للنقض مطلقاً ، أما العقد الموقوف فيملك نقضه فى المعاوضات الموقوفة كل من الطرفين ورب العمل (من عقد له) قبل إجازتها . أما العقود التى لا ترجع حقوقها إلى الفضولى فيمتنع على هذا الأخير نقضها[1] .

٤٣٢ — وهكذا تكشف المقابلة الأخيرة عن بروز صفة التوقف فى عقد الهازل إذا ما قيست بصفة الفساد فيه الأمر الذى يجيز لنا أن نذهب إلى أن صفة التوقف هى أليق بعقد الهازل من صفة الفساد.

أما مايفترق فيه عقد الهازل عن العقد الموقوف فهو ،فى رأينا ، أمر غير جوهرى ، يمكن الانتقال فيه من أحكام العقد الفاسد إلى أحكام العقد الموقوف دون تعارض مع طبيعة الأشياء ، ودون أن تختل أصول الصناعة الفقهية . هذا إلى أن الفرق واضح بين خلل يصيب الإرادة كما هو الأمر فى بيع الهازل — وبيع المكره الذى يذهب زفر إلى إلحاقه بالعقود الموقوفة — وخلل يصيب المحل كما هو الأمر فى البيع الفاسد لغير الإكراه والهزل ، فوجب أن يكون لكل من الخللين حكم يختلف عن الحكم الذى للخلل الآخر . وليس هذا التمييز بمستغرب فى منطق الفقه الحنفى الذى منح بعض فقهائه الفساد فى بيع المكره من الخصوصيات ما لم يمنحه إلى العقود الفاسدة الأخرى ، وبلغ الأمر باتجاه آخر فى هذا الفقه إلى إقصاء هذا العقد من زمرة العقود

---

(١) قارن الدكتور عبد الرزاق السنهورى ، مصادر الحق (جـ ٤ ، ص ١٩١) حيث يقرر أن العقد الفاسد يختلف عن العقد الموقوف من حيث قابلية الأول للفسخ قبل القبض دون الثانى وأن هذا الأخير لا يملك أحد فسخه إلا فى حالات معينة. والواقع أن القاعدة العامة فى المعاوضات الموقوفة أنها تفسخ من الطرفين ، وممن عقد له قبل إجازتها ، بخلاف النكاح الذى لا يسع الفضولى نقضه (راجع أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ١٩٤٧ ، ص ٣٤١) .

الفاسدة ، ورفعه إلى مصاف العقود الموقوفة ، وهو أمر ندعو إليه نحن فى نطاق العقود الصورية[1] و[2] .

ويسعفنا فى مسلكنا هذا أمران : الأول : إن العقد الموقوف لا يكون دائماً متوقف النفاذ على إجازة الغير وإن كان هذا هو الأغلب . فقد يكون متوقفاً نفاذه على زوال حالة أوجبت عدم النفاذ كما فى تصرفات المرتد عن الإسلام التى تنفذ بمجرد عودته إلى الإسلام ، أو على إجازة أحد العاقدين كما فى الإكراه .

ثانياً : إن نظرية التوقف لا تهدف إلى حماية حق الغير فحسب ، بل قد تهدف إلى حماية المتصرف نفسه كما فى العقد المشوب بالإكراه وعقد ناقص الأهلية .

والخلاصة إنه ليس مما ينبو عن قواعد نظرية التوقف أن تهدف إجازة العقد الصورى الموقوف إلى حماية طرفيه وأن تصدر عن هذين الطرفين نفسهما .

الصورية النسبية

٤٣٣ — سبق أن رأينا أن الصورية تكون نسبية عندما تكون مقتصرة على إخفاء ماهية العقد ، أو شرط من شروطه ، أو شخص أحد المتعاقدين . ونستعرض فيما يلى هذه الحالات الثلاث فنتكلم عن الصورية بطريق التستر ، والصورية بطريق التستر الجزئى ، والصورية بطريق الاسم المستعار .

(ا) الصورية بطريق التستر

٤٣٤ — تكون الصورية نسبية بطريق التستر إذا اقتصرت على إخفاء ماهية العقد الحقيقى أو أظهرته فى صورة عقد آخر كأن يعقد شخصان هبة ويعطيانها صورة بيع ، فيكون هنا عقدان : عقد ظاهر هو البيع ، وعقد مستتر هو عقد الهبة . والعقد الظاهر هو العقد الصورى ، أما العقد المستتر فهو العقد الحقيقى .

وقد يقع الخلط بين هذه الصورية وبين حالة مشابهة لها تصادف عندما

---

(١) انظر مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ١٩٣ حيث يرجح الأستاذ الدكتور السنهورى رأى زفر فى اعتبار عقد المكره عقداً موقوفاً لا فاسداً .

(٢) راجع شرح المجلة للأستاذ سليم باز ، ج ١ ، ص ٣٠٨ حيث يشير إلى أن أبا حنيفة يقول أن بيع التلجئة موقوف .

يبرم المتعاقدان تصرفاً قانونياً ، ويسميانه بغير اسمه القانوني[1] كما لو قال العاقد : بعتك هذا الشيء بلا ثمن ، أو قال : آجرتك إياه بلا أجرة ، أو بعتك منفعة هذا الشيء شهراً بلا ثمن . فهنا تختلف الأنظار فقد تُصحح التسمية القانونية وفقاً للارادة الحقيقية للمتعاقدين ، وقد يبطل العقد من أساسه . وقد مال الفقه الحنفي إلى ترجيح الرأي الأخير مستجيباً في ذلك إلى نزعته الموضوعية[2] .

---

(١) ولعل مرد الخلط يرجع إلى أن كلا من العقد الصوري والعقد الذي أعطي تكييفاً خاطئاً malqualifié يلتقيان في إعطاء مظهر خارجي يخالف الحقيقة . وإن كانا يفترقان في حقيقة الأمر افتراقاً بيناً ، ذلك لأن العقد الصوري — مطلقة كانت صوريته أو نسبية — هو عقد لم تتجه نية العاقدين إلى تحقيقه ، بيد أن العقد الذي أخطيء في تكييفه هو عقد حقيقي جدي اتجهت نية المتعاقدين إلى تنفيذه — مهما كانت النتائج التي يرمي إليها الطرفان — ولكن أعطي تكييفاً خاطئاً لا يتفق مع طبيعة شروطه ونصوصه ، ومن ثم فإن طرق الإثبات تختلف في الحالتين في القانون الوضعي ، فالصورية لا تثبت كمبدأ عام إلا بالكتابة ، بيد أن الخطأ في تكييف العقود يمكن إثباته بجميع طرق الإثبات ... كذلك للقاضي الحق في تكييف العقود تكييفاً صحيحاً ، وإعطائها الوصف القانوني الصحيح وتطبيق النصوص القانونية الآمرة والمكملة لإرادة المتعاقدين التي تتفق مع هذا الوصف الصحيح من تلقاء نفسه ، ولا يتقيد بالوصف الذي أعطاه له المدعي أو المدعى عليه (راجع رسالة الدكتور أحمد زكي الشيتي ، ص ٣٩ — ٤٧ وانظر أيضاً مرزوق ، الصورية ف ٦٦ ، ص ٩٤ .)

(٢) يذهب الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهي العام ، ف ٣٥٥ ، ص ٤٣٨) إلى ترجيح الرأي المرجوح الذي يقضي بإعمال الإرادة الحقيقية مستنداً إلى القاعدة الكلية القائلة : إذا تعذرت الحقيقة يصار إلى المجاز (المادة ٦١ من أحكام المجلة العدلية) ومعتبراً «التعبير بالبيع والإجارة مجازاً عن الهبة والإعارة» ونحن نرى أن هذه الاستعارة هي محل نظر . وقد صرح الفقهاء برفضها فقد جاء في البحر الرائق (ج ٥ ، ص ٢٧ س ٨) : « اعلم أن المعنى وإن كان معتبراً في البيع ونحوه خاصة ، لابد من صحه الاستعارة ، إذا كان اللفظ مجازاً ، ولذا قالوا لو قال : بعتك هذا بغير ثمن ، كان باطلا ، ولا يكون مجازاً عن الهبة ، مع أنه أتى بمعناها . وكذا لو قال : آجرتك داري شهراً بغير شيء ، لا يكون عارية ، مع أنه أتى بمعناها وكذا لو قال : اشتريت منك خدمة عبدك هذا شهراً بكذا وكذا ، فهو إجارة فاسدة وكذا لو قال : بعت منك منافع هذه الدار شهراً بكذا ، فهي إجارة فاسدة فلم تعتبر المعنى ، والمسائل في الخلاصة والخانية . »

هذا ولسنا نوافق المؤلف على ماذهب إليه أيضاً من أن الرأي الذي رجحه ـ على فرض صحته ـ يتفق « والنظر القانوني الحديث في الفقه الاجنبي فيما يسمونه نظرية تحول العقد (ف ٣٥٥ هامش رقم ١ ص ٤٣٨) » ذلك لأن نظرية التحول لاتتدخل إلا إذا قام عقد صحيح على انقاض عقد باطل ، وفقاً للارادة المفترضة للمتعاقدين أما الامثلة موضوع البحث فلاتعدو أن تكون مجرد تصحيح تسمية التصرف الذي اتجهت إرادة العاقدين الحقيقية اليه (راجع نظرية الالتزام العامة للدكتور عبد الحي حجازي ، ج ١ ، ف ٤٨٧ مكرر ، ص ٣٨٥)

=

(٢) الصورية بطريق التستر الجزئي

٤٣٥ — يقصد بالصورية بطريق التستر الجزئي تلك التي تنصب على أحد شروط العقد كأن يذكر في عقد البيع ثمن أكبر من الحقيقي لكي يحال بين الشفيع وحقه في ممارسة حق الشفعة ، أو كأن يذكر في عقد النكاح مهر أكبر من المهر الحقيقي ابتغاء الشهرة .

والقاعدة في الفقه الحنفي في هذه الحالة أن الإرادة الظاهرة لا يهدم أثرها إلا إرادة ظاهرة سابقة أو مرافقة .

وهنا نميز بين حالتين : إما أن يقول المتواطئان عند المواضعة أن الزيادة صورية وإما أن يسكتا عن صورية الزيادة .

ففي الحالة الأخيرة : ذهب الفقه الحنفي إلى الأخذ بالإرادة الظاهرة للمتعاقدين .
أما في الحالة الأولى : فقد اختلف الرأي فذهب الإمام إلى الأخذ بالإرادة الباطنة في ظاهر الرواية ، وجاء عن طريق غير ظاهر الرواية أنه يجب الأخذ بالإرادة الظاهرة .
وإليك ما قال الكاساني في تفصيل أحكام الصورية النسبية :

« فإن كانت في قدره [الثمن] بأن تواضعا في السر والباطن على أن يكون الثمن ألفاً ، ويتبايعان في الظاهر بألفين . فإن لم يقولا عند المواضعة : ألف منها رياء وسمعة فالثمن ما تعاقدا عليه . لأن الثمن اسم للمذكور عند العقد ، والمذكور عند العقد ألفان ، فإن لم يذكرا أن أحدهما رياء وسمعة ، صحت تسمية الألفين .

وإن قالا عند المواضعة : ألف منهما رياء وسمعة ، فالثمن ثمن السر ، والزيادة باطلة في ظاهر الرواية عند أبي حنيفة ، وهو قول أبي يوسف ومحمد .

وروى عن أبي يوسف أن الثمن ثمن العلانية . وجه هذه الرواية أن الثمن

= هذا ونحن نشك في تقبل الفقه الاسلامي لنظرية تحول العقد ، ذلك لأن هذا الفقه تسوده النزعة الموضوعية كما أسلفنا ، بينا تستند نظرية التحول إلى معيار ذاتي يرمي إلى إعمال الإرادة المفترضة للمتعاقدين (انظر قلادة ، ف ١١٠ ، ص ٣٠٠) وانظر ايضاً مصادر الحق (ج ٤ ، ص ١٥٧) حيث أغفل الدكتور السنهوري الكلام عن تحول العقد إبان عرضه لآثار العقد الباطل مقتصراً على الإشارة إلى أن معايير الانتقاص في الفقه الإسلامي معايير موضوعية لا ذاتية كما هو الحال في الفقه الغربي

هو المذكور فى العقد . والألفان مذكوران فى العقد . وما ذكر فى المواضعة لم يذكراه فى العقد فلا يعتبر .

وجه ظاهر الرواية أن ما تواضعا عليه فى السر هو ما تعاقدا عليه فى العلانية إلا أنهما زادا عليه ألفاً أخرى ، والمواضعة السابقة أبطلت الزيادة . لأنهما فى هزلانها حيث لم يقصداها فلم يصح ذكر الزيادة فى البيع ، فيبقى البيع بما تواضعا عليه وهو الألف[1] » .

أما الشافعية فيعتدون فى الحالات السابقة بالعقد الصورى أخذاً بالإرادة الظاهرة بينما يأخذ كل من المالكية وبعض الحنابلة بالإرادة الباطنه[2] .

(٣) الصورية بطريق الاسم المستعار

٤٣٦ — تكون الصورية بطريق الاسم المستعار عندما يكلف أحد غيره بالتعاقد جدياً بدلا عنه ، ويخفى بهذه الصورة شخصه حتى على المتعاقد الآخر[3] . ويدعى هذا الشخص المكلف بالتعاقد المسخّر وهو وكيل عن الطرف الآخر المسخر، ولكنه ليس بنائب عنه . بمعنى أن آثر التصرفات التى يجريها المسخر لا تنصب مباشرة فى ذمة المسخر ، وإنما تنصب فى ذمته ثم ينقل بعد ذلك آثار العقد الذى يجريه بطريق الصورية إلى المسخِّر .

ويلجأ المسخر عادة للتعاقد عن طريق الصورية باسم مستعار عندما يأنف أن يتعاقد مع من يريد أن يتعاقد معه لعداء شديد بينهما . أو لسبب آخر كما لو كان المسخر ذا ثروة طائلة ويخشى أن يطمع العاقد الآخر بثروته فيلجأ إلى تكليف مسخر صديق أو قريب يدرأ به عن نفسه طمع الغير بثروته .

وقد تناولت المجلة قضية الاسم المستعار وبينت حكمها فى الفصل الثانى من كتاب الإقرار (م ١٥٩١ — م ١٥٩٣) .

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٧٦

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف طبعة عام ١٩٤٧ هامش ص ٢٣٣ .

(٣) الصورية فى الحقوق المدنية السورية للدكتور مأمون الكزبرى ، ص ٣٧ .

(ب) الصورية فى الإخبارات

٤٣٧ — قد تكون الصورية واردة على الإقرار بمبلغ أو بتصرف لا على إنشائه فيقر المورث مثلاً لبعض ورثته بدين أو بتصرف ليكون ذلك وسيلة لايثاره على بقية الورثة . والإقرار فى هذه الحالة يعتبر باطلاً لانتفاء الإرادة الحقيقية .

جاء فى البدائع : « فإن اتفقا على أن يقرا ببيع لم يكن ، فأقرا بذلك ، ثم اتفقا على أنه لم يكن، فالبيع باطل ، حتى لا يجوز بأجازتهما ؛ لأن الإقرار إخبار وصحة الإخبار بثبوت المخبر به حال وجود الاخبار ، فإن كان ثابتاً كان الإخبار صدقاً وإلا فيكون كذباً . والمخبر به هنا وهو البيع ليس بثابت ، فلا يحتمل الإجازة لأنها تلحق الموجود لا المعدوم [1] . »

الفرع الثالث

الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة

٤٣٨ — إن الاتفاق بين التعبير والإرادة يمكن أن ينفصم بصورة غير مقصودة فى حالتين :

(١) الغلط فى التعبير . (٢) عيوب الإرادة .

المطلب الأول

الغلط فى التعبير

§ ١ — معلومات تمهيدية

٤٣٩ — يتعرض الفقهاء عادة لمبحث الغلط فى التعبير فى موضعين: الأول فى أصول الفقه حيث يبحثونه تحت اسم « الخطأ » فى فصل أحكام عوارض الأهلية ؛ والثانى فى كتب الفقه ، عندما يعالجون مسائل الفروع .

ولقد أحسن علماء الأصول صنعاً عندما بحثوا شوائب الإرادة التعاقدية على حدة فى كتب الأصول ، ولكنهم بعدوا عن الدقة عندما أطلقوا عليها تسمية عوارض الأهلية ، « ذلك لأن تأثير هذه العيوب لا يأخذ صفة الدوام أو الثبات إلى حد ما ،

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ١٧٦.

وإنما هو طارىء ، إن أثرّ فى حياة الإنسان فإنما يكون تأثيره مؤقتاً ، وإن شئت فقل لا يدوم فى الغالب أكثر من الوقت الذى يستلزمه إجراء التصرف المعيب[1] . »

ولئن عنى الفقهاء بجمع شتات مسائل « الخطأ » وتجريد أحكامه فى باب مستقل يتميز عن سائر أبواب الفقه ، فهم لم يجعلوه مقصوراً على عقد أو تصرف بالذات ، وإنما تناولوا فيه جميع التصرفات لا التصرفات القولية فحسب بل والتصرفات الفعلية أيضاً ، بل وتجاوزوا ذلك إلى نطاق العبادات والعقوبات .

٤٤٠ — *تعريفه* :وهذا التباين فى الموضوعات التى عالجها الأصوليون فى باب الخطأ ينعكس أثره على التعريف العام الذى أعطوه ا « الخطأ » .

(١) فقد عرفه الكمال بن همام بأنه : « أن يقصد بالفعل غير المحل الذى تقصد به الجناية[2] . » ومثّل له بصائم يتمضمض ، فسرى الماء الى حلقه ، ورامى صيد أصاب إنساناً ؛ فإن الصائم قاصد إدخال الماء إلى فيه ، لا الى حلقه ، الذى هو محل الجناية والرامى قاصد الطير لا الإنسان[3] .

(٢) وعرّفه صدر الشريعة فى متن التنقيح : « أن يفعل فعلاً من غير أن يقصده قصداً تاماً كما اذا رمى صيداً ، فأصاب إنساناً، فإنه قصد الرمى ، لكن لم يقصد به الإنسان ، فوجد قصد غير تام[4] . »

(٣) وعرفه التفتازانى صاحب التلويح : « أنه فعل يصدر بلاقصد إليه عند مباشرة أمر مقصود سواه[5] . »

(٤) جاء فى كشف الأسرار : « الخطأ : فعل أو قول يصدر عن الإنسان بغير قصده بسبب ترك التثبت عند مباشرة أمر مقصود سواه . . . كمن رمى إلى إنسان على أنه صيد ، فهو قاصد إلى الرمى ، لا إلى المرمى إليه ، وهو الإنسان[6] . »

---

(١) عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية للدكتور حسين نورى ، ص ١٢ .
(٢) التقرير والتحبير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .
(٣) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٣١ .
(٤) التلويح على التوضيح ج ٢ ، ص١٩٥ ، ص ١ .
(٥) المرجع السابق .
(٦) كشف الاسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨٠ .

(٥) وجاء فى مرآة الأصول: «أنه الفعل عن قصد صحيح غير تام كما إذا رمى صيداً فأصاب إنساناً ، وعدم تمام القصد بعدم تمام قصد محله ، إذ من تمامه قصد محله [١] . »

(٦) وعرفه ابن ملك بأنه : « وقوع الشيء على خلاف ما أريد [٢] . »

ويلاحظ على التعريفات السابقة أنها تعريفات عامة ، كما أسلفنا ، تتناول التصرفات القولية والتصرفات الفعلية [٣] ولعل التعريف الذى جاء فى التلويح على التوضيح هو أليقها جميعاً بقضية الخطأ فى نطاق التصرفات القانونية فقد وصف هذا التعريف الخطأ بأنه « فعل يصدر بلا قصد عند مباشرة أمر مقصود سواه » . وإذا شئنا أن نخرج هذا التعريف عن عمومه ، عرفنا الخطأ أو الغلط فى التعبير بقولنا إنه : « سبق اللسان أو البنان إلى تعبير غير مقصود عند مباشرة تعبير مقصود سواه [٤] » .

٤٤١ — وهذا الغلط إما أن ينصب على طبيعة العقد ، أو على محل الالتزام فى العقد ، أو على ذاتية ذلك المحل .

ومثال الغلط فى ماهية التصرف : ما لو أراد الرجل أن يقول لزوجته « اسقنى » فقال لها « أنت طالق » وهذا هو المثال المدرسى الذى يأتى به الفقهاء عادة للغلط فى التعبير : وهذا الغلط لدى الأحناف لا يؤثر فى قيام التصرف ، فالزوجة فى المثال السابق تطلق ، ولا عبرة لاختلاف التعبير عن الإرادة .

ومثال الغلط فى ذاتية المحل ما لو قال الأب للخاطب : زوجتك ابنتى « رنا » ، وهو يريد أن يقول « ندا » ، فعقد النكاح هنا ينعقد فى حق ماذكر ، وهو « رنا » ، لا فى حق ما أريد ، وهو « ندا » .

---

(١) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ ، س ١٨ .

(٢) شرح المنار لابن ملك .

(٣) ولعل هذا العموم هو الذى دعا تعريفات المرآة ، والكشف ، والتنقيح إلى إسناد حدوث الخطأ إلى إرادة المخطىء ، ولئن كان هذا الإسناد صحيحاً إلى حد ما فى التصرفات الفعلية فهو لا يصدق على التصرفات القولية التى تصدر ، فى رأينا ، عن محض اللاشعور فى حالة الخطأ وهذا ما انتبه إليه التفتازانى فى تعريفه الذى جعلناه أساساً لتعريفنا المختار .

أما تعريف المنار فهو ليس بمانع لأن حالة التحفظ الذهنى التى سبق أن أشرنا إليها والتى يعلن فيها العاقد خلاف ما يضمر تدخل فى مفهومه .

(٤) وعرفه الدكتور السنهورى بأنه : «مغايرة التعبير الذى صدر فعلا عن التعبير الذى أريد فعلا صدوره ، ولكنه لم يصدر ، لسهو من صاحبه (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣٨) » .

ويلاحظ من المثالين السابقين أن الغلط لم يؤثر فى تكوين الإرادة ، وإنما أوجد اختلافاً بين التعبير والإرادة ، وذلك لأن التعبير لم يدل على الإرادة الحقيقية ، وإنما دل على إرادة مختلفة وغير موجودة . (فالزوج فى المثال الأول لم يكن يريد الطلاق ، وفى المثال الثانى لم يكن يريد الأب زواج ابنته « رنا ») .

٤٤٢ — ويسمى الفقه الغربى هذا النوع من الغلط « الغلط المانع » للدلالة على أن هذا النوع من الغلط يمنع من تكوين العقد — ولسنا نستطيع فى الفقه الإسلامى ، وفى المذهب الحنفى بصورة خاصة ، أن ندعو هذا النوع من الغلط بالغلط المانع ، لأنه ليس بمانع فيه من تكوين التصرف ، بل هو كما رأينا فى المثالين السابقين لم يمنع من وقوع الطلاق فى الحالة الأولى ، وانعقاد النكاح فى الحالة الثانية .

ويسمى الفقهاء الإسلاميون هذا النوع من الغلط بـ« الخطأ » و « سبق اللسان » .

أما الفقه الحديث فيطلق عليه تسمية « الغلط فى التعبير » ، للدلالة على أن الغلط لا يصيب تكوين الإرادة ، وإنما يصيب التعبير فى ذاته . بمعنى أن هذا الغلط ينشىء اختلافاً بين التعبير والإرادة[1] .

---

(١) ونحن نؤثر تسمية الفقه الإسلامى على هذه التسمية الحديثة لسببين :

١ — إن كلمة الخطأ تفيد فى اللغة العربية مدلولين : مدلولا تشترك فيه كلمة الخطأ مع كلمة الغلط ، ومدلولا آخر تنفرد به .

المدلول الأول : ويراد به مايقابل الصواب ، ومنه يسمى الذنب خطيئة ، ومنه قوله تعالى : « إن قتلهم كان خطئا كبيراً » .

المدلول الثانى : ويراد به ما يقابل العمد ، كما فى قوله تعالى : « ومن قتل مؤمناً خطئاً » وقوله عليه السلام : « رفع عن أمتى الخطأ والنسيان » . ولما كان هذا المدلول الثانى هو أليق بالأمثلة التى يوردها الفقهاء عادة لـ « الخطأ » كان لا معدى لنا من إيثار هذه التسمية على التسمية الحديثة .

٢ — وفيما عدا ذلك ، لما كانت التسمية غير المختارة يشترك فيها مفهومان متغايران كل التغاير فى حقيقتهما ، وهما : الغلط فى التعبير الذى ينصب على وجود الإرادة ذاتها ، والغلط الدافع الذى يقتصر على تعييب الإرادة كما سنرى ، ولما كان معنى الغلط فى التعبير أقوى تأثيراً على كيان التصرف من معنى الغلط الدافع ، وكانت تسمية الخطأ أقوى دلالة على مجانبة الصواب والعمد من كلمة الغلط ، كان لامعدى لنا من أن نختار كلمة الخطأ للدلالة على المفهوم الأقوى ، ولكى يطابق التغاير فى القوة من حيث المفهوم تغايراً فى القوة من حيث التسمية .

هذا ولما كنا التزمنا فى بحثنا هذا أساليب الفقه الغربى ، سنساير هذا الفقه فى تسميته ، مادام هذا الفقه قد خصص اصطلاح « الخطأ » لحالات الإخلال بالتزام تعاقدى ، كما فى المسئولية التعاقدية . أو الإخلال بالتزام قانونى كما فى المسئولية التقصيرية .

أما اصطلاح « سبق اللسان » الذى جعله الفقهاء المسلمون مرادفاً للفظ « الخطأ » فهو ، فى رأينا قاصر عن أداء المعنى المطلوب لاقتصاره على التعبيرات اللفظية فحسب .

٤٤٣ — **الغلط فى التعبير والغلط الذى يعيب الإرادة** : هناك فارق كبير بين الغلط فى التعبير والغلط الذى يعيب الإرادة (وهو المسمى بالغلط الدافع إلى التعاقد) من حيث الطبيعة ، ومن حيث الأثر .

فمن حيث الطبيعة : إن الإرادة الظاهرة تختلف اختلافاً تاماً عن الإرادة الباطنة فى الغلط فى التعبير . أما الغلط الدافع إلى التعاقد فالاتفاق لا ينفصم فيه بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة ، ذلك لأن الأولى جاءت عن طريق اللسان أو البنان صورة صادقة عن الإرادة الباطنة التى خالطها العيب عند تكوينها فى الوجدان[1] . فإذا اعتقد شخص غلطاً أن لوحة ما من عمل فنان مشهور ، فعبر عن إرادته فى شراء تلك اللوحة بالذات ، فإن هذا التعبير لا يختلف عن الإرادة الباطنة فى شىء[2] .

ومن حيث الأثر : إن الغلط فى التعبير يستتبع بطلان التصرف لدى المذهب الشافعى ، ويستتبع فساده لدى الأحناف على تفصيل سنراه . أما الغلط الدافع فيستتبع منح العاقد الذى وقع فى الغلط خيار الرؤية أو خيار العيب[3]،[4] .

§ ٢ — جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة

٤٤٤ — عرّفنا سابقاً الغلط فى التعبير بأنه صدور تعبير غير مقصود عند مباشرة تعبير مقصود سواه . ونتساءل الآن عن موقف المشرع من المفاضلة بين التعبير غير

---

(١) انظر ما سبق ، ف ٢٩٠ ، ص ٢٩١ .

(٢) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ف ٤٢٧ ص ٣٣٨ .

(٣) انظر بحثاً قيماً عن الغلط الدافع حرره أستاذنا السنهورى فى مصادر الحق ج ٢ ، ص ١١١ — ١٥٦ . وانظر أيضاً رسالة « نظرية الباعث فى الفقه الحنفى » لبدرو ديب .

(٤) ويلاحظ أن الأستاذ الدكتور السنهورى قد فسر كلمة « الخطأ » الواردة فى كتب الفقه على أنها « الغلط الدافع » لا « الغلط فى التعبير » بدليل أنه أورد نصاً للكاسانى ذكر فيه كلمة « الخاطىء » للاستشهاد على الغلط الدافع إلى التعاقد . جاء فى مصادر الحق (ج ٢ ، ص ١٣٦) : « وفى الوصية كذلك تبرز شخصية الموصى له وتكون محل اعتبار ، ومن ثم نقرأ فى البدائع (ج ٧ ص ٣٣٥) : « ومنها (أى من شرائط الركن) رضا الموصى . . . فلابد فيه من الرضا . . . فلا تصح وصية الهازل ، والمكره ، والخاطىء ، لأن هذه العوارض تفوت الرضا » .

وواضح أن الكاسانى قصد من كلمة « الخاطىء » من وقع فى غلط فى التعبير ، لا من وقع فى غلط دافع إلى التعاقد .

المقصود (وهو الإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان أو القلم دون أن تتجه الإرادة الحقيقية إليها) والتعبير المقصود . وهل يعول الشارع على الإرادة الظاهرة التي زل بها اللسان أو القلم دون أن تتجه الإرادة الحقيقية إليها ، أم يعول على الإرادة الباطنة ، التي ظلت محاولة فى أعماق النفس ولم تنتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل ؟ وبعبارة أخرى أيحترم الفقه الإسلامى الإرادة الظاهرة أم الإرادة الباطنة فى حالة انفصام الإرادتين فى الغلط فى التعبير ؟

لم يقف الفقه الإسلامى فى مجابهة هذه المشكلة موقفاً موحداً ، وإنما اختلفت الحلول التي قدمتها مذاهبه لعلاجها، فالبعض منها ذهب إلى إيثار الإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة . والبعض الآخر ذهب إلى إيثار الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة . ونبحث فيما يلى هاتين النظريتين .

(ا) نظرية الإرادة الظاهرة

٤٤٥ — انحاز الأحناف إلى جانب الإرادة الظاهرة فى حالة انفصام التعبير عن الإرادة فى حالة الغلط فى التعبير ، بينما ذهب الشافعية إلى الاعتداد بالإرادة الباطنة ، ولعل مرد الخلاف بين هذين المذهبين يرجع إلى اختلافهما فى توافر إرادة التعبير لدى من وقع فى الغلط .

أتوجد إرادة التعبير لدى من يسبق لسانه إلى تعبير غير مقصود منه ؟ وإذا وجدت هذه الإرادة ، أفيعول عليها مباشرة أم بالواسطة ؟

ذهب الشافعية إلى انتفاء إرادة التعبير عند من يغلط فى تعبيره ، وقرروا من ثم إبطال هذا النوع من التعبيرات . أما الأحناف ، فقد ذهبوا إلى توافر إرادة التعبير عند من يغلط فى تعبيره . وعولوا فى تحسسها على معيار موضوعى ، وقرروا صحة هذا النوع من التعبيرات عند توافر ذلك المعيار . ونتكلم فيما يلى فى هذا المعيار الموضوعى

تنازع الفقه الحنفى فى قضية الغلط فى التعبير عاملان : عامل ذاتى يقضى باحترام الإرادة الحقيقية ، وجعلها مناطاً لقيام التصرف أو انهياره . وعامل موضوعى يقتضى التعويل على قرائن ظاهرة يفترض معها وجود الإرادة الحقيقية الخفية ، وجعل هذه القرائن الظاهرة مناطا لقيام التصرف لا الارادة الحقيقية التي يتعسر الوصول إليها .

ويبدو أن الفقه الحنفى ، قد انتهى إلى تغليب العامل الموضوعى على العامل الذاتى مستجيبا فى ذلك لنزعته الموضوعية ، ورغم اعترافه بأن هذا العامل الأخير هو الأصل لذى يجب أن يعتد به .

جاء فى متن التنقيح فى تقرير هذا الأصل : « إن الأصل أن لاتعتبر الأعمال إلا وأن تكون صادرة عن العقل بلا سهو وغفلة . وأما إذا كانت صادرة عن سهو وغفلة ، يجب أن لاتعتبر، ولا يؤاخذ الإنسان بها . لقوله تعالى : « ربنا لاتؤاخذنا إن نسينا أو أخطأنا » ، ولأن السهو والغفلة مركوزان فى الإنسان فيكونان عذراً[1] » .

٤٤٦ - (١) **البلوغ قرينة على الاختيار:** وقد لجأ الأحناف إلى إعمال هذا العامل الموضوعى عن طريق اعتبار بلوغ الإنسان عن عقل ، قرينة غير قاطعة على وجود إرادة التعبير لدى هذا البالغ العاقل ، ومن ثم على تطابق هذه الإرادة الباطنة مع كل إرادة ظاهرة تصدر عنه .

وقد بنى الأحناف هذه القرينة التى استنبطوا منها أمراً غير ثابت ، وهو إرادة التعبير ومطابقتها للارادة الظاهرة ، من أمر ثابت وهو البلوغ عن عقل ، على الغالب من الأحوال .

ويقول صاحب متن التنقيح فى هذا الصدد : « لكن هذا — أى الأمر غير الثابت وهو مطابقة التعبير للارادة — أمر لايوقف عليه إلا بالحرج ، فأقمنا البلوغ — الأمر الثابت — مقام دوام العقل من غير سهو وغفلة ، إقامة للدليل مقام المدلول . فإن السهو والغفلة إنما يعرضان لنقصان العقل . فإذا كمل العقل بكثرة التجارب عند البلوغ لايقع السهو والغفلة إلا نادراً . وكل عمل صدر عن العاقل البالغ ، اعتبر فى جميع الأوقات صادراً عن العقل ، بلا سهو ، وغفلة . ولم يعتبر أنه ربما يسهو فى وقت ما[2] . »

٤٤٧ - (٢) **البلوغ قرينة تقبل الدليل العكسى :** على أن قرينة قيام البلوغ عن عقل مقام الإرادة ، نظراً لابتنائها على الغالب من الأحوال ، وتقريرها فى صيغة

(١) تنقيح الأصول لصدر الشريعة ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .
(٢) المرجع السابق .

عامة بالنظر إلى حالة نموذجية مجردة — كما يفيد ذلك صاحب التنقيح — تقتضي جواز إثبات عكسها فى كل حالة معينة لاحتمال عدم مطابقتها للواقع فى هذه الحالة[1] .

ففي حالة النائم والمغمى عليه اللذان لاتدع ظروفهما مجالا للشك فى انتفاء الإرادة لديهما ، تُدحض قرينة قيام البلوغ عن عقل ، مقام توافر الإرادة ، ويعتبر كل منهما معدوم الإرادة ، وعليه فإن عدم قطعية هذه القرينة لا تدع مجالا للقول بأن النائم يجب أن يكون مريداً للتعبير .

جاء فى كشف الأسرار فى هذا المعنى : « إن الشيء إنما يقوم مقام غيره بشرطين أحدهما : أن يصلح دليلا عليه . الثانى : أن يكون فى الوقوف على الأصل حرج لخفائه فينتقل الحكم عند وجود الشرطين إلى دليل ، ويقام مقام المدلول ، تيسيراً ، ودفعاً للحرج . وأحد الشرطين فى حق النائم مفقود ، لأنه لاحرج فى الوقوف على العمل بأصل العقل ، فإنه يعرف بالنظر فيما يأتيه ، ويذره . ونحن نعلم يقينا ، أن النوم ينافى العمل بالعقل ، **لان النوم مانع من استعمال نور العقل ، فكانت اهلية القصد معدومة بيقين** من غير حرج فى دركه ، فلا يصح فى حقه إقامة البلوغ عن عقل مقام انتفاء الشرط[2] » .

وفى متن التنقيح : « وإنما لم نقم البلوغ مقام اليقظة حتى أبطلنا عبارات النائم . . إذ لا حرج فى درك اليقظة . . ولا يحتاج إلى إقامة الدليل مقامها . فإن الأصل أن الأمور الخفية التى يتعذر الوقوف عليها تقيم ماهو دليل عليها مقامها كالسفر مقام المشقة ، أما الأمور الظاهرة ، فلا[3] » .

وفى مرآة الأصول : «قلنا أقيم البلوغ عن عقل مقام العمل بالعقل بلا سهو وغفلة لأنه خفى لايوقف عليه بلا حرج ، ولم يقم مقام القصد فى النائم والمغمى عليه ، لأن السبب الظاهر إنما يقام مقام الشيء عند خفاء وجوده وعدمه . وعدم القصد فى النائم مدرك بلا حرج . ولما كان عدم القصد فى النائم مما لا يعسر الوقوف عليه ، لم يحتج إلى إقامة شيء مقامه ، بل جعل الحكم متعلقا بحقيقته[4] »

(١) أصول الإثبات للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٦٣ ، ص ٢٧٠ .
(٢) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨١ .
(٣) تنقيح الأصول ، ج ٢ ، ص ١٩٥ .
(٤) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ .

وفى التقرير والتحبير : « إن عدم القصد فى النائم ظاهر للعلم يقينا بأن النوم ينافى أصل العمل بالعقل ، لأنه مانع عن استعمال نوره ، فكانت أهلية القصد معدومة بيقين من غير حرج فى دركه ، فأقيم تمييز البلوغ عن عقل مقام القصد ، لانتفاء الشرط ، ففارق عبارة النائم عبارة المخطىء[1] »

وقد يتساءل سائل لماذا لم يقم البلوغ مقام الرضا (إرادة الأثر) واقتصر على إقامته مقام الاختيار (إرادة التعبير) فى التصرفات القابلة للفسخ ؟

يجيب عن ذلك الأصوليون بأننا لم تقم البلوغ مقام الرضا ولم نعتبر تصرفات البالغ دوماً صحيحة بناء على الأول ، لأنه لا حرج فى إدراك الثانى . إن ظاهرة انتفاء الرضا — وهو أمر مدرك — تدحض قرينة قيام البلوغ عن عقل مقامه .

ويشير صاحب الكشف لقصور قرينة البلوغ عن عقل عن القيام مقام إرادة الأثر فى التصرفات التى تحتمل الفسخ ، إذ يقول :

« والرضاء عبارة عن امتلاء الاختيار ، أى بلوغه نهايته ، بحيث يفضى أثره إلى الظاهر ، من ظهور البشاشة فى الوجه ونحوها ، كما يفضى أثر الغضب إلى الظاهر من حماليق العين والوجه بسبب غليان دم القلب . ولهذا فلم يجز إقامة غير الرضا ، وهو البلوغ عن عقل ، مقامه ، لأنه ليس بأمر باطن ، بل يتعلق الحكم بذلك السبب الظاهر ، وهو ظهور أثره ، لا بأهلية الرضاء[2] » .

وفى متن التنقيح « وإنما لم نقم البلوغ مقام الرضا فى التصرفات المبنية على الرضا كالبيع ونحوه . إذ لا حرج فى درك الرضا ، ولا يحتاج إلى إقامة الدليل مقامه . فإن الأصل أن الأمور الخفية التى يتعذر الوقوف عليها تقيم ما هو دليل عليها مقامها كالسفر مقام المشقة . أما الأمور الظاهرة فلا[3] » .

وعندى أن هذا الجواب لا يحل الإشكال وهو ينأى عن الصواب، ذلك لأن

---

(١) التقرير والتحبير ، جـ ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٢) كشف الأسرار ، المرجع السابق .

(٣) متن التنقيح ، المرجع السابق .

الرضا ليس بالأمر الظاهر وليس يرتبط الحكم به كما يقول صاحب الكشف بل هو أمر باطن والحكم يناط بالصيغة لا به وهذا أمر يقرره الأصوليون بجلاء عند بحثهم لارتباط الحكم بالمظنة دون المئنة .

والخلاصة : أن بلوغ العاقد وعقله هما قرينة غير قاطعة على اتجاه إرادة العاقد إلى التعبير ، وهى تدحض بكل حالة ظاهرة تسفر بيقين عن انتفاء الإرادة كحالة النائم ، وحالة العاقد فى التصرفات القابلة للفسخ الذى لا تضىء وجهه بشاشة الرضا .

أولا : أثر الغلط فى التعبير فى التصرفات غير القابلة للفسخ

٤٤٨ — عرفنا سابقا أن التصرفات غير القابلة للفسخ لا تستلزم لصحتها توافر نية إحداث الأثر القانونى ، بل يكفى لتكوينها توافر إرادة التعبير .

ونورد فيما يلى النصوص الفقهية التى يشير فيها صاحب البدائع إلى وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة فى التصرفات غير القابلة للفسخ التى وقع فيها غلط فى التعبير .

(١) عقد النكاح : قد يقع الغلط فى التعبير إما فى ماهية التصرف ، أو فى ذاتية محل العقد .

(أ) الغلط فى ماهية التصرف : جاء فى البدائع : « وكذلك العمد ليس بشرط حتى يجوز نكاح الخاطىء ، وهو الذى يسبق لسانه كلمة النكاح من غير قصده . وعند الشافعى شرط . والصحيح قولنا ؛ لأن الثابت بالخطأ ليس إلا القصد . وأنه ليس بشرط لجواز النكاح بدليل نكاح الهازل[1] » .

(ب) الغلط فى ذاتية المحل : جاء فى المختار : « ولو له بنتان أراد تزويج الكبرى فغلط فسماها باسم الصغرى ، صح للصغرى ، خانية — قوله ولو له بنتان — أى بأن كان اسم الكبرى عائشة مثلا ، والصغرى فاطمة . فقال : زوجتك بنتى فاطمة ، وقبل ، صح العقد عليها ، وإن كانت عائشة هى المرادة[2] » .

---

(١) البدائع ، ج ٢ ، ص ٣١٠ ، س ١٠ .

(٢) رد المحتار ، ج ٢ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ . وانظر فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٨٥ ، س ٣٤ .

(حـ) الغلط فى التعبير عن إرادة التوجيه [1] :

جاء فى رد المحتار : « قلت وبه يعلم بالأولى حكم ما يكثر وقوعه حيث يقول : « زوج بنتك لابنى » فيقول له « زوجتك » فيقول الأول : « قبلت » فيقع العقد للأب والناس عنه غافلون . وقد سئلت عنه فأجبت بذلك ، وبأنه لا يمكن للأب تطليقها وعقده للابن ثانياً ، لحرمتها على الابن مؤبداً ومثله ما يقع كثيراً أيضا حيث يقول : « زوجتنى بنتك لابنى » فيقول : « زوجتك » فإن قال الأول : « قبلت » انعقد النـكاح لنفسه ...

وبقى أيضاً قولهم : « زوجتك بنتى لابنك » فيقول : « قبلت » ويظهر لى أنه ينعقد للأب ، لإسناد التزويج إليه ، وقول أبى البنت « لابنك » معناه « لأجل ابنك » فلا يفيد . وكذا لو قال الآخر « قبلت لابنى » لا يفيد أيضاً

نعم لو قال : « أعطيتك بنتى لابنك » فيقول : « قبلت » فالظاهر أنه ينعقد للابن ، لأن قوله « أعطيتك بنتى لابنك » معناه فى العرف « أعطيتك ابنتى زوجة لابنك » وهذا المعنى **وإن كان هو المراد عرفا** من قولهم « زوجتك بنتى لابنك » ، **لكنه لا يساعده اللفظ كما علمت ، والنية لا تنفع وحدها** [2] » .

ونحن لا نجارى ابن عابدين فى اجتهاده هذا فى الأمثلة الأخيرة بل نأخذ عليه مجانبته للعرف وهو الداعى إلى العمل به بحرارة فى رسالته الشهيرة عن العرف .

(٢) الطلاق :

جاء فى البدائع : « وكذا كون الزوج عامداً ليس بشرط حتى يقع طلاق الخاطىء ، وهو الذى يريد أن يتـكلم بغير الطلاق فسبق لسانه بالطلاق . لأن الفائت

---

(١) العنصر المعنوى فى التصرف يتكون ، كما هو ظاهر ، من : إرادة التعبير ، وإرادة الأثر ، وإرادة التوجيه أو الإعلام (راجع ماسبق ف ٣٧ ، ص ٣٧) . وإذا ما انفصمت المطابقة بين إرادة التوجيه ، والتعبير عنها أصبحنا أمام حالة يمكن أن نطلق عليها : الغلط فى إرادة التوجه ، كما هو الحال فى الأمثلة التى أشار إليها ابن عابدين .

(٢) رد المحتار ، المرجع السابق .

بالخطأ ليس إلا القصد ، وانه ليس بشرط لوقوع الطلاق كالهازل واللاعب بالطلاق وكذلك العتاق لما قلنا فى الطلاق[1] » .

وجاء فى العقود الدرية : « شخص أراد أن يقول لزوجته : « أنت خارجة عن طاعتى » فسبق لسانه وقال : « خارجة عن عصمتى » ، فهل يكون صريحا ويقع الطلاق أو كناية فيفتقر إلى النية ؟ .

الجواب : لا يقع عليه الطلاق ديانة . ويقع قضاء . قال فى الخلاصة : وطلاق الهازل وطلاق الذى أراد أن يتكلم فسبق لسانه بالطلاق واقع . وقال الكمال : وقوله فيمن سبق لسانه واقع ، أى فى القضاء . . هذا كله على تقدير أن يكون قوله : « خارجة عن عصمتى » ملحقاً بالصريح . أما على تقدير ، أن يكون من الكناية ، وهو الظاهر فلا يقع فى القضاء أيضا إلا بالنية ... وأفاد فى الدر المختار : إن المخطىء هو الذى أراد التكلم فجرى على لسانه الطلاق أو تلفظ به غير عالم بمعناه ، أو غافلا أو ساهياً ، أو بألفاظ مصحفة ، يقع قضاء فقط[2] »

فى أصول الفقه للخضرى : « وأوقع الحنفية طلاق المخطىء قضاء ، لأن الغفلة عن معنى اللفظ خفى ، وفى الوقوف على قصده حرج ، لأنه أمر باطن ، وله سبب ظاهر ، وهو العقل والبلوغ ، فأقيم تمييز البلوغ مقامه[3] »

وفى التقرير والتحبير : « ويقع طلاقه بأن أراد أن يقول مثلا : اسقنى ، فجرى على لسانه أنت طالق[4] »

وفى فتح القدير . « لو جرى على لسانه من غير قصد « إن شاء الله » لا يقع ، وحكى عندنا فيه خلاف : قال خلف . يقع وقال أسد لا يقع ، وهو الظاهر من المذهب لأن الطلاق مع الاستثناء ليس طلاقاً وقال رأيت أبا يوسف فى النوم ، فسألته ، فقال : لا يقع[5] » .

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .
(٢) العقود الدرية ، ج ١ ، ص ٤٣ ، س ١٩ .
(٣) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٣١
(٤) التقرير والتحبير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .
(٥) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ١٤٣ ، ص ٢٢

(٣) الرجعة :

جاء فى البدائع : « تصح الرجعة مع الإكراه والهزل واللعب والخطأ ، لأن الرجعة استبقاء النكاح . وأنه دون الإنشاء ، ولم تشترط هذه الأشياء للانشاء ، فلأن لا تشترط للاستبقاء أولى[١] » .

(٤) العتاق :

جاء فى البدائع : « وكذا كونه عامدا ليس بشرط ، حتى يصح إعتاق الخاطىء لما ذكرنا فى الطلاق[٢] » .

ويلاحظ أن المذهب الحنفى ينتظم رأيين فيما يتعلق بالعتاق ؛ رأى يقول بوجوب الاعتداد بالإرادة الظاهرة فى تعبير الخاطىء ، ورأى يقول بوجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة للمعتق الخاطىء .

جاء فى البدائع : « وذكر الكرخى أن فى العتاق روايتين . فإن هشاماً روى عن محمد عن أبى حنيفة أن من أراد أن يقول لامرأته « اسقينى ماء » فقال لها : « أنت طالق » وقع . ولو أراد ذلك فى العبد . فقال : « أنت حر » لم يقع .

وروى بشر بن الوليد الكندى عن أبى يوسف عن أبى حنيفة أنهما يتساويان ، وهو الصحيح ، لما ذكرنا .

وجه رواية هشام ، أن ملك البضع يثبت بسبب يتساوى فيه القصد وعدم القصد ، وهو النكاح ، فعلى ذلك زواله . بخلاف ملك العبد ، فإنه يثبت بسبب مختلف فيه القصد وعدم القصد ، وهو البيع ، ونحو ذلك ، فكذلك زواله . وهذا ليس بسديد ؛ لأنه قد يشرط لثبوت الحكم من الشرائط ما لا يشرط لزواله ، فكان الاستدلال بالثبوت على الزوال استدلالاً فاسداً[٣] » .

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨٦ ، س ٣٤ .
(٢) البدائع ، ج ٤ ، ص ٥٥ .
(٣) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٠٠ .

(٥) اليمين :

جاء فى البدائع : « وكذا الجد والعمد [ليس بشرط] فتصح [اليمين] من الخاطىء ، والهازل عندنا خلافاً للشافعى[١] » .

وجاء أيضاً : « يصح ظهار المكره والخاطىء كما يصح طلاقهما[٢] . »

٤٤٩ — **دور الحكم التلطيفى** : يتضح من الأمثلة التى سبق أن أوردناها أن الاعتداد بالإرادة الظاهرة حال انفصامها عن الإرادة الباطنة يفضى إلى إغفال الإرادة الحقيقية والمساس من ثم بمبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الإسلامى ، ولئن دعا الاعتداد بالعنصر المادى فى مجال الحكم القضائى إلى هذا الإغفال ، فإن احتفال الحكم الديانى بالعنصر المعنوى قمين بتلافى محاذيره .

ولقد رأينا سابقا أن الحكم الديانى يقوم بدور مماثل فى حالات التحفظ الذهنى[٣] ويلاحظ أن الحاجة إلى تلطيف الحكم الديانى هى أكثر وضوحاً فى حالات الغلط فى التعبير مما هى عليه فى حالات التحفظ وذلك لتخلف إرادة التعبير فى الأولى دون الثانية . أما فى حالات الهزل فلقد رأينا أن الحكم الديانى يحجم عن القيام بدوره زجراً للهازل العابث[٤] .

ويستند الفقهاء فى إغفالهم للألفاظ غير المقصودة من الوجهة الديانية إلى حالتى النائم واللاغى فى اليمين . فهم يرون قياس اللفظ غير المقصود من المستيقظ على حالة الكلام الصادر من النائم أو اليمين الصادرة من اللاغى . فكما أن الشارع قد رفع القلم عن النائم فى الحديث القائل : « رفع القلم عن ثلاثة : عن المجنون المغلوب على عقله حتى يبرأ ، وعن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصبى حتى يحتلم » .

وكما أن الشارع قد رفع المؤاخذة عن اللاغى فى الآية الكريمة : « لا يؤاخذكم الله

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١١ ، س ١٨ ،
(٢) البدائع ، ج ٣ ، ص ٢٣١ ، س ٣ .
(٣) راجع ماسبق ، ف ٣٩٢ .
(٤) راجع ما سبق ، ف ٤١٤ .

باللغو فى أيمانكم » . فكذلك يرفع المؤاخذة الديانية عن كل حالة مماثلة يخلو فيها كلام صاحب التعبير عن القصد .

ونورد فيما يلى نصاً هاماً جاءت الدعوة فيه إلى الاعتداد بالإرادة الحقيقية فى نطاق الحكم الديانى صراحة على لسان الفقيه المحقق الكمال بن همام ، وهو يعتبر بحق نصير العامل الذاتى فى الفقه الحنفى .

قال : « وأما ما روى عنهما نصير من أن من أراد أن يتكلم فجرى على لسانه الطلاق يقع ديانة وقضاء فلا يعول عليه[1] . والذى يظهر من الشرع أن لا يقع بلا قصد لفظ الطلاق عند الله تعالى وقوله فيمن سبق لسانه واقع ، أى فى القضاء . . . بخلاف الهازل ، لأنه مكابر باللفظ ، فيستحق التغليظ ، وسيذكر فى « أنت طالق » إذا نوى به الطلاق من وثاق يدين [يصدق] فيما بينه وبين الله تعالى مع أنه أصرح صريح فى الباب . . . والحاصل أنه **ان قصد السبب عالما بانه سبب رتب الشرع حكمه عليه ، اراده او لم يرده ، الا ان اراد ما يحتمله . واما ان لم يقصده ، او لم يدر ما هو ، فيثبت الحكم عليه شرعا ، وهو غير راض بحكم اللفظ ، ولا باللفظ ، فمما ينبو عنه قواعد الشرع.** وقد قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم » وفسر أمرين : أن يحلف على أمر يظنه كما قال مع أنه قاصد للسبب ، عالم بحكمه ، فإلغاؤه لغلطه فى ظن المحلوف عليه . والآخر أن يجرى على لسانه بلا قصد إلى اليمين ، كلا والله ، بلى والله . فرفع حكمه الدنيوى من الكفارة لعدم قصده إليه فهذا تشريع لعباده ، أن لا يرتبوا الأحكام على الأشياء التى لم تقصد ، وكيف ولا فرق بينه وبين النائم عند العليم الخبير من حيث لاقصد له إلى اللفظ ، ولاحكمه ، وإنما لا يصدقه غير العليم الخبير وهو القاضى .

وفى الحاوى معزواً للجامع الأصغر أن أسداً سئل عمن أراد أن يقول : « زينب طالق » فجرى على لسانه « عمرة » على أيهما يقع الطلاق . فقال فى القضاء

---

(١) جاء فى البحر الرائق أيضاً ما يشير إلى وجوب الأخذ بالإرادة الظاهرة فى نطاق الحكم القضائى والحكم الديانى فى التصرفات القابلة للفسخ . قال صاحب البحر : « ولو أراد أن يقول بعتك هذا بألف فسبق لسانه بغيره فهو على المذكور فى القضاء وفيما بينه وبين الله تعالى » .

تطلق التى سمى ، وفيما بينه وبين الله تعالى ، لا تطلق واحدة منهما . أما التى سمى فلأنه لم يردها ، وأما غيرها فلأنها لو طلقت ، طلقت بمجرد النية ، والله سبحانه أعلم[1] » :

وجاء فى كتاب الوسيط فى أصول فقه الحنفية للأستاذ أبى سنة فى هذا المعنى :

« إن ترتب الأحكام على الصريح ديانة ، عند غلط المتكلم أو جهله بمعناه ، كما هو المروى عن فقهاء الحنفية ، محل نظر ، لأن الغالط غير قاصد للسبب والحكم ، والجاهل قاصد للسبب دون الحكم . ومقتضى الفقه فيهما ثبوت الحكم قضاءً فقط لأنه مبنى على الظاهر ، والظاهر فيمن يتكلم بالسبب أنه يريد حكمه .

أما ديانة فلا . لأن الله تعالى العالم بخفايا النفوس إنما يبنى الحكم على نوايا الناس وقصودهم . والأصل فى ذلك النائم واللاغى فى اليمين .

— فإن القلم مرفوع عن النائم ديانة وقضاء .

— وقد قال الله تعالى : « لا يؤاخذكم الله باللغو فى أيمانكم» وفسر اللغو كما عن الصحابة والتابعين مرة بما يجرى على اللسان من غير قصد . وأخرى بما ظن خطأ . فعلى التفسير الأول ، أبطل الشارع اليمين لعدم القصد أصلاً . وعلى الثانى ، أبطلها لغلطه فى ظنه ، مع أنه قاصد للسبب والحكم .

فهذا مبدأ تشريعى بألا يرتب الناس الأحكام على أسباب لم تقصد [2] » .

ثانيا : أثر الغلط فى التعبير فى التصرفات القابلة للفسخ.

٤٥٠ — عرفنا سابقاً أن التصرفات القابلة للفسخ هى التصرفات التى يكفى لانعقادها إرادة التعبير ويشترط لصحتها إرادة الأثر .

ويلاحظ أن الغلط فى التعبيرعندما يقع فى هذه التصرفات إما أن لا يصدق مدعيه من الطرف الآخر وإما أن يصدق وعليه يتعين علينا دراسة جزاء الغلط فى هاتين الحالتين:

---

(١) فتح القدير ، ج ٣ ، ص ٤٥ — ٤٦ . وانظر التحبير والتقرير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

(٢) الوسيط فى أصول فقه الحنفية للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ٧٣ .

٤٥١ — الحالة الأولى : إذا وقع العاقد فى غلط فى التعبير كمشتر قيل له : بعتك هذا الحصان بمائة ليرة ، فلما استكثر الثمن أراد أن يقول : علمت ، فسبق لسانه ، فقال : قبلت ، من غير إرادة منه . فى هذه الحالة إذا ادعى المشترى الغلط ، ولم يصدقه البائع ، يؤخذ بالإرادة الظاهرة للمشترى ، وينعقد العقد ، ولا يبحث عن إرادته الحقيقية المخالفة ، لأن مغايرة هذه الإرادة للإرادة الأولى أمر باطنى ، لا سبيل إلى معرفته إلا من الخاطىء ، بأن يقول أخطأت . والباعث على تصحيح العقد هو استقرار التعامل وصيانة حقوق العاقد الآخر عن الضياع .

جاء فى البحر الرائق : « ولو أراد أن يقول : « بعتك هذا بألف » فسبق لسانه لغيره ، فهو على المذكور فى القضاء ، وفيما بينه وبين الله تعالى[1] » .

وجاء فى البزازية : « غلط فى اسم المبيع بأن أراد أن يقول هذا العبد ، فقال : هذه الجارية ، فعلى ما تلفظ فى القضاء[2] » .

٤٥٢ — الحالة الثانية : لم ينقل عن أئمة الفقه الحنفى من الروايات ما يشير إلى حكم عقد الخاطىء إذا صدقه خصمه فى العقود القابلة للفسخ ، وهل هو صحيح أم فاسد أم باطل ؟ .

أمام سكوت النصوص نجد فقهاء المذهب الحنفى يحددون حكم هذا العقد على صور ثلاث :

(١) رأى ذهب إلى قياس عقد الخاطىء على عقد المكره .

(٢) ورأى ذهب إلى قياس عقد الخاطىء على عقد الهازل .

(٣) ورأى ذهب إلى بطلان عقد الخاطىء .

ولعل مصدر الخلاف بين هذه الآراء الثلاثة يرجع إلى اختلافها فى مدى اعترافها بوجود إرادة التعبير لدى الخاطىء . فالرأى الأول يذهب إلى الاعتراف بوجود هذه الإرادة . أما الرأيان الآخران فهما ينكران وجودها . ويلتزم الرأى الأخير نتيجة هذا الإنكار فيقرر بطلان العقد . بينما يجانب الرأى الثانى هذه النتيجة فلا يقرر بطلانه .

---

(١) البحر الرائق ، جـ ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ١٤ .

(٢) الفتاوى البزازية ، جـ ٤ ، ص ٣٦٥ .

٤٥٣ — **الرأى الأول** : يعترف هذا الرأى ، كما أسلفنا ، بوجود إرادة التعبير ، وهو يعترف فى الوقت نفسه ، بأنها ليست على مصاف واحد من حيث القوة مع إرادة التعبير لدى المكره ، بل هى دونها درجة من حيث العفوية . ولئن كان الماء يجرى عفوا خاضعاً فى ذلك إلى مبدأ طبيعى هو مبدأ توازن السوائل ، وكان طول قامة الإنسان وقصرها أمرين عفويين خارجين عن إرادته ، فليس كذلك التعبير لدى الخاطئ ، بل هو لا يخلو من كونه عملاً إرادياً ، وإن كان عنصر الاختيار فيه أو هى منه عند المكره .

وإليك ما قاله صاحبا هذا الرأى : البزدوى ، ومنلا خسرو .

جاء فى كشف الأسرار : « وإذا جرى البيع على لسان المرء خطأ بأن أراد أن يقول : سبحان الله ، فجرى على لسانه : « بعت هذا العين بكذا » ، وقال الآخر : « قبلت » ، وصدقه على الخطأ خصمه ، — ولا يمكن إثباته إلا بهذا الطريق — يجب أن ينعقد انعقاد بيع المكره فاسداً — ولا رواية فيه عن أصحابنا — لوجود الاختيار وضعاً ، يعنى جريان هذا الكلام على لسانه فى أصل وضعه اختيارى ، وليس بطبيعى كجريان الماء ، وطول القامة ، فينعقد ، ولا ينفذ قوله [1] . »

وفى مرآة الأصول : « وينبغى أن ينعقد بيعه بلانفاذ إذا صدقه خصمه ، يعنى إذا جرى البيع على لسانه خطأ ، بأن أراد أن يسبح فجرى على لسانه « بعت هذا العين منك بكذا » ، وقال الآخر « قبلت » مصدقاً إياه فى خطأه ينبغى أن ينعقد البيع — يعنى لا رواية فيه عن أصحابنا — ولكن مقتضى الأصل أن ينعقد فاسداً كبيع المكره **لوجود أصل الاختيار** نظراً إلى أن الكلام اختيارى ، ويفسد لفوات الرضا [2] . »

ويلاحظ أن الفقهاء يضمون الخطأ دوماً إلى جانب الهزل والإكراه ، ويعتبرونها جميعاً نافية للرضا ، ومفسدة للعقد .

جاء فى البدائع : « فلا تصح وصية الهازل والمكره والخاطىء ؛ لأن هذه العوارض تفوت الرضا [3] »

---

(١) كشف الأسرار ، ج ٤ ، ص ٣٨١ .
(٢) مرآة الأصول ، ص ٣٥٨ .
(٣) البدائع ، ج ٧ ، ص ٣٣٥ .

وجاء أيضاً : فلا يصح مع الكراهة والهزل والخطأ ؛ لأن هذه العوارض تنافى الرضا ، فتمنع صحة الاجارة ، ولهذا منعت صحة البيع [1] »

وجاء أيضاً : « لا تصح المكاتبة مع الإكراه والهزل والخطأ ، لأنها من التصرفات التى تحتمل الفسخ ، فيفسدها الكره والهزل والخطأ كالبيع ونحوه [2] »

٤٥٤ — **الرأى الثانى** : يذهب الرأيان الثانى والثالث إلى أن إرادة التعبير معدومة لدى الخاطىء ، ثم اختلفا ، فالتزم الرأى الأخير النتيجة المنطقية التى تترتب على إنكاره للإرادة ، وقضى ببطلان تصرف الخاطىء لخلوه عن العنصر المعنوى بشطريه : إرادة التعبير وإرادة الأثر . وذهب الرأى الثانى إلى عدم التزام ما يترتب على إنكاره لإرادة التعبير ، فلم يجرؤ على ابطال عقد الخاطىء ، بل آثر إعطاءه درجة من الفساد هى دون الدرجة المعطاة لعقد المكره وأعنى بها درجة فساد عقد الهازل . ويؤخذ على هذا الرأى الأخير تناقضه فى أقواله ، فهو بينا يعترف بوجود إرادة التعبير لدى الهازل وانتفائها لدى الخاطىء لا يجد حرجاً من قياس الأول على الثانى على ما بينهما من فارق .

قال الكمال بن همام صاحب هذا الرأى : «وكذا قالوا ينعقد بيع المخطىء بأن أراد أن يقول : سبحان الله فجرى على لسانه « بعت هذا منك بألف » وقبل الآخر ، وصدقه فى أن البيع خطأ منه ، إذ لا يمكن إثباته إلا بهذا الطريق — بيعاً فاسداً ، ولا رواية فيه عن أصحابنا . ولكن يجب هذا للاختيار فى أصله — أى لأن هذا الكلام صدر عنه باختياره أو لإقامة البلوغ عن عقل مقام القصد وعدم الرضا — فينعقد للاختيار فى أصله، فيفسد لعدم الرضا حقيقة كبيع المكره فيملك البدل بالقبض . وينبغى أن لا يكون كالمكره بل كالهازل بل فوقه ، فقال والوجه أن المخطىء فوق الهازل إذ لا قصد للمخطىء فى خصوص اللفظ ولا حكمه ، **فانه غير مختار ولاراض بالتكلم** بخصوص اللفظ ولا بحكمه ، فأقل الأمر أن يجعل كالهازل ، فلا يملك المبيع بالقبض كالهازل والله تعالى أعلم [3] . »

---

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٧٩ .

(٢) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٣٦ .

(٣) التقرير والتحبير ، ج ٢ ، ص ٢٠٤ .

٤٥٥ — **الرأى الثالث** : قال به الأستاذ على الخفيف ويذهب إلى أن الخاطىء لا إرادة له وهو مغلوب على أمره فى انحرافه عن التعبير المقصود إلى التعبير غير المقصود.

جاء فى أحكام المعاملات فى بيان هذا الرأى : « ومن هذا القبيل عبارة المخطىء كمشتر قيل له : بعتك هذا الكتاب بجنيه ، فلما استكثر الثمن ، أراد أن يقول رفضت ، فسبق لسانه ، فقال قبلت ، على غير إرادة منه ، وعليه فلا يعتد بها لذلك ، ولا ينعقد بها عقد ، ولكن إذا صدقه من تعاقد معه فماذا يكون الحكم ؟ القواعد تقتضى أن يعتبر العقد فاسداً ، لصحة العبارة وانعدام الرضا ، وإنما كانت العبارة صحيحة ، لوجود الاختيار فى التلفظ بها ، إذ ليس التلفظ بها أمراً طبيعيا لا اختيار فيه كجريان الماء ، بل نتيجة حركة اختيارية ، فكان المخطىء فى التلفظ بالعبارة كالمكره عليها ، كلاهما مختار غير قاصد إليها ، هذا ما قاله فخر الإسلام البزدوى ، ولكن كيف تكون العبارة صحيحة ، وقد اتفق الطرفان على عدم القصد إليها ؟ ومن الحركات ما لايكون نتيجة الاختيار ، ومنها حركة المخطىء ، فالوجه عندى أن العقد فى هذه الحال لاينعقد[1] »

ونحن نرجح هذا الرأى الأخير لقوة مبناه ولاحترامه لمبدأ سلطان الإرادة ولا نقر الفقه الحنفى فى إمعانه فى تجريد العقد عن العنصر النفسى ؛ واعتباره إياه تاما بمجرد اتفاق إرادتيه الظاهرتين دون إرادتيه الحقيقيتين .

٤٥٦ — *تقدير نظرية الإرادة الظاهرة* : ليس من شك فى أن نظرية الأحناف حينما تعول على الإرادة الظاهرة إنما تضمن استقرار التعامل بين الأفراد . على أن هذه النظرية قد ضحت بالإرادة الباطنة إلى حد كبير ؛ عند ما أمعنت فى الاعتماد على قرينة البلوغ عن عقل فى توافر القصد . ولقد كان فى وسع الأحناف أن يخففوا من هذه التضحية ، فيما لو عولوا على الإرادة الباطنة فى كل مرة تسعفهم القرائن فى هذا التعويل، وهذا المسلك المعتدل هو الذى انتهجه المذهب الشافعى والمذهب الحنبلى وابن حزم ، كما سنرى .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية ، ص ٢٢١ . وانظر طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٣٦٦ — ٣٦٧ .

(ب) نظرية الإرادة الباطنة

٤٥٧ — يذهب الشافعية والحنابلة وابن حزم إلى وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة عندا نفصام التعبير عنها فى حالة الخطأ . ونتكلم عن هذه المذاهب الثلاث تباعاً :

(١) تصور كتب الأصول المذهب الشافعى على أنه يعتد بالإرادة الباطنة مطلقاً . والواقع أننا كما سنرى ليس الفارق بين المذهب الحنفى والمذهب الشافعى كبيراً ، ذلك لأن هذا المذهب الأخير يعتد فى الواقع كالأحناف بالإرادة الظاهرة أصلا ، وإنما هو سرعان مايعدل عنها إلى الإرادة الباطنة فى كل حالة تتيح له إحدى القرائن الوصول إليها.

ونأتى فيما يلى أولا بنصوص الأصوليين الأحناف التى تعزوا إلى الشافعية الأخذ بالإرادة الباطنة مطلقاً فى حالة الخطأ . ثم نأتى ثانياً ببعض نصوص الفقه الشافعى التى تنم عن اعتداد هذا الفقه بالإرادة الظاهرة .

١) نصوص الأصوليين الأحناف :

جاء فى التقرير والتحبير : « قال الشافعى لا يقع طلاق الخاطىء لأن الاعتبار بالكلام إنما هو بالقصد الصحيح ، وهو لا يوجد فى المخطىء ، كالنائم(١) » .

وفى كشف الأسرار : « قال الشافعى رحمه الله لا يصح طلاق الخاطىء ؛ لأن الطلاق يقع بالكلام . والكلام إنما يصح إذا صدر عن قصد صحيح . ألا ترى أن الببغاء إذا لقن فهو والآدمى سواء فى صورة الكلام . وكذا المجنون والعاقل سواء فى أصل الكلام إلا أنه فسد لعدم القصد الصحيح والمخطىء غير قاصد ، فلا يصح طلاقه كطلاق النائم والمغمى عليه(٢) » .

وفى البدائع : «زعم الشافعى أن فعل الخاطىء والناسى لايوصف بالجناية والحظر ، لأن فعل الخطأ والنسيان مما لا يمكن التحرز عنه(٣) » .

---

(١) التقرير والتحبير ، جـ ٢ ، ص ٢٠٤ .
(٢) كشف الأسرار ، جـ ٤ ، ص ٣٨١ ، س ٢٦ .
(٣) البدائع ، جـ ٢ ، ص ٢٠١ — ٢٠٢ .

٢) نصوص الفقه الشافعى : تؤكد نصوص الفقه الشافعى وجوب العمل بالإرادة الظاهرة فى التصرفات فى حالات الخطأ ، وأنه لا يعدل عنها إلى الإرادة الباطنة إلا بقرينة .

ولعل فكرة حماية الغير الذى عوّل على الإرادة الظاهرة هى التى دعت هذا الفقه إلى إيثارها على الإرادة الباطنة ، عند ما تنفك هذه الأخيرة عنها .

ففى نهاية المحتاج : « ولو سبق لسانه بطلاق بلا قصد لغا — كلغو اليمين ومثله تلفظه به حاكياً أو تكرير الفقيه للفظه فى تصويره ودرسه — **ولا يصدق ظاهرا** — فى دعواه سبق لسانه أو غيره مما يمنع الطلاق **لتعلق حق الغير به** ، ولأنه خلاف الظاهر ، للغالب من حال العاقل — **إلا بقرينة** — كما يأتى ، كدعواه أن الحرف التف عليه بحرف آخر ، فيصدق ظاهراً لظهور صدقه حينئذ ، أما باطناً فيصدق مطلقاً . وكذا لو قال لها « طالقتك » ثم قال أردت أن أقول « طلبتك » ولها قبول قوله هنا[1] » .

وجاء أيضاً : « وإن كان اسمها طارقاً أو طالباً أو طالعاً ، فقال « ياطالق » وقال أردت النداء باسمها فالتف الحرف بلسانى صدق ظاهراً لظهور القرينة ، فإن لم يقل ذلك طلقت . وقضيته أنه لو مات ، ولم يعلم مراده ، حكم عليه بالطلاق عملا بظاهر الصيغة ومنه يؤخذ أن مثله فى هذا كل من تلفظ بصيغة ظاهرة فى الوقوع ، لكنها تقبل الصرف بالقرينة ، وإن وجدت القرينة[2] » .

وفى المهذب للشيرازى : « وإن قال « زوجتك ابنتى عائشة » ونوى الصغيرة ، وقبل الزوج ونوى الكبيرة ، صح النكاح فى عائشة فى الظاهر ، ولم يصح فى الباطن لأن الزوج قبل فى غير ما أوجبه الولى[3] » .

وهذا النص الأخير يقطع بأخذ الشافعية بالإرادة الظاهرة ذلك لأن العقد فيه قد تكون بمجرد تطابق الإرادتين الظاهرتين رغم عدم تطابقهما مع الإرادتين الحقيقيتين .

---

(١) نهاية المحتاج ، ح ٦ ، ص ٨١ ، س ١٧ .
(٢) المرجع السابق ، ج ٦ ، ص ٨٢ ، س ١١ .
(٣) المهذب للشيرازى ، ج ٢ ، ص ٤٣ .

ويجدر بالذكر أن هذا المثال نفسه يستشهد به الأحناف للعمل بالإرادة الظاهرة[1]

(٢) المذهب الحنبلي : يرى هذا المذهب وجوب الاعتداد بالإرادة الباطنة فى كل حالة نتيقن فيها من وجود هذه الإرادة. ففى إعلام الموقعين: «إن فعل الناسى والمخطىء بمنزلة فعل النائم فى عدم التكليف به ، ولهذا هو عفو لا يكون به مطيعاً ولا عاصياً . يوضحه أن الله تعالى إنما رتب الأحكام على الألفاظ لدلالتها على قصد المتكلم بها وإرادته . فاذا تيقنا أنه قصد كلامها ، ولم يقصد معانيها ، ولم يقصد مخالفة ما التزمه ولا الحنث ، فإن الشارع لا يلزمه بما لم يقصده ، بل قد رفع المؤاخذة عنه بمالم يقصده من ذلك . يوضحه : أن اللفظ دليل على القصد ، فاعتبر لدلالته عليه ، فإذا علمنا يقيناً خلاف المدلول ، لم يجز أن نجعله دليلا على ما تيقنا خلافه ، وقد رفع الله المؤاخذة عن قتل المسلم المعصوم بيده مباشرة إذ لم يقصد قتله بل قتله خطأ ، ولم يلزمه شيئاً من ديته بل حملها غيره ، فكيف يؤاخذه بالخطأ والنسيان فى باب الأيمان؟[2] . »

ويؤكد ابن القيم فى مكان آخر ضرورة التعويل على كل من الإرادة واللفظ فى آن واحد ، وأنه لا شأن لأحدهما منفرداً وينتهى إلى وجوب إلغاء لفظ من أراد خلاف لفظه كالخاطىء والاعتداد فى تعبيره بالإرادة الباطنة ، إذ يقول : « ان الله تعالى وضع الألفاظ بين عباده تعريفا ودلالة عما فى نفوسهم . فاذا أراد أحدهم من الآخر شيئاً عرفه بمراده ، وما فى نفسه بلفظه . ورتب على تلك الإرادات والمقاصد أحكامها بواسطة الألفاظ ولم يرتب تلك الأحكام على مجرد ما فى النفوس من غير دلالة فعل أو قول . ولا على مجرد ألفاظ مع العلم بأن المتكلم بها لم يرد معانيها ، ولم يحط بها علماً . بل تجاوز للامة عما حدثت به أنفسها مالم تعمل به ، أو تكلم به . وتجاوز لها عما تكلمت به مخطئة أو ناسية أو مكرهة أو غير عالمة به اذا لم تكن مريدة لمعنى ما تكلمت به أو قاصدة إليه . فاذا اجتمع القصد والدلالة القولية أو الفعلية ترتب الحكم.

هذه قاعدة الشريعة ، وهى من مقتضيات عدل الله وحكمته ورحمته ، فإن خواطر

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٦ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٤ ، ص ٧٢ — ٧٣ .

القلوب وإرادة النفوس لا تدخل تحت الاختبار فلو ترتبت عليها الأحكام لكان في ذلك أعظم حرج ومشقة على الأمة ، ورحمة الله تعالى وحكمته تأبى ذلك . والغلط والنسيان والسهو وسبق اللسان بما لا يريده العبد ، بل يريد خلافه والتكلم به مكرها ، وغير عارف لمقتضاه من لوازم البشرية ، لا يكاد الانسان ينفك من شيء منه ، فلو رتب عليها الحكم لحرجت الأمة وأصابها غاية التعب والمشقة . فرفع عنها المؤاخذة بذلك كله حتى الخطأ في اللفظ من شدة الفرح[1] . »

« ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى الألفاظ التي لم يقصد المتكلم معانيها ، بل جرت على غير قصد منه كالنائم والناسي والسكران والجاهل والمكره والمخطيء من شدة الفرح أو الغضب أو المرض أو نحوهم ، ولم يكفر من قال من شدة فرحه براحلته بعد يأسه منها : « اللهم أنت عبدي وأنا ربك » فكيف يعتبر الألفاظ التي يقطع بأن مراد قائلها خلافها ، ولهذا المعنى رد شهادة المنافقين ووصفهم بالخداع والكذب والاستهزاء ، وذمهم على أنهم يقولون بأفواههم ما ليس في قلوبهم ، وأن بواطنهم تخالف ظواهرهم ، وذم الله تعالى من يقول مالا يفعل ، وأخبر أن ذلك من أكبر المقت عنده[2] . »

(٣) وأخيراً إنه لما يلفت النظر أن نجد ابن حزم الظاهري يأخذ بالإرادة الباطنة في حالة الغلط في التعبير ، جاء في المحلى : « ومن طلق وهو غير قاصد إلى الطلاق لكن أخطأ لسانه ، فإن قامت بينة قضى عليه بالطلاق ، وإن لم تقم عليه بينة لكن أتى مستفتياً لم يلزمه الطلاق . برهان ذلك قول الله عز وجل : « ليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم » . وقول رسول الله صلى الله عليه وسلم « إنما الأعمال بالنيات ، وإنما لكل امرىء ما نوى » . فصح أن لا عمل إلا بالنية وألا نية إلا بعمل . وأما إذا قامت بذلك بينة فإنه حق قد ثبت ، وهو في قوله لم أنو الطلاق مدع بطلان ذلك الحق الثابت ، فدعواه باطل[3] » .

---

(١) المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٩٢ — ٩٣ .
(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٣ .
(٣) المحلى لابن حزم ، ج ١٠ ، ص ٢٠٠ ، مسألة ١٩٦٤ .

المطلب الثانى

عيوب الإرادة

٤٥٨ — وننتقل هنا إلى الكلام عن عيوب الإرادة وهى حالات جديدة من حالات الاختلاف غير المقصود بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية[١] ويلاحظ أن حالات العيوب تلتقى مع حالة الغلط السابقة فى أن الإرادة الحقيقية فى كليهما تغاير الإرادة الظاهرة ، وتفترق عنها فى أن الإرادة الحقيقية فى حالة الغلط منتفية ، بينما هى فى حالات عيوب الإرادة موجودة حال بينها وبين مطابقة التعبير لها وجود إرادة أخرى معيبة تجاورها فى عالم النفس ، وتحجبها عن عالم الحس . ولئن كان التعبير ترجماناً صادقاً عن هذه الإرادة المعيبة ، فهو ليس بذى صلة ألبتة بتلك الإرادة الحقيقية ، التى زاحمتها إرادة معيبة ، بسبب غلط أو تدليس أو إكراه . فلا شك إذن فى وجود الإرادة فى حالات العيوب إنما هو وجود مريض بسبب ضلال أو انضغاط العاقد الذى أبرم تصرفه على غير بينة من أمره — كما فى الغلط والتدليس — او غير حر فى إرادته — كما فى الإكراه . على أن ثمة من الفقهاء من يقرر انتفاء الإرادة حال الإكراه وهذا ما جرى عليه المذهب الشافعى الذى يقرر بطلان عقد المكره كما سنرى .

٤٥٩ — ونتساءل الآن ماهو مدى احتفال الفقه الإسلامى بهذه العيوب وما هو الجزاء الذى رتبه على اختلاف الإرادة الظاهرة فيها عن الإرادة الحقيقية ؟

لقد سبق أن أشرنا عند بحثنا للنزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى أن عيب الإكراه كان ذا النصيب الأوفى من اهتمام هذا الفقه ، لما يتسم به من موضوعية لا ترقى إليها بقية العيوب . ونحن إذا ما تصفحنا كتب الأصول نجد الأبحاث المخصصة لهذا العيب خير شاهد على عناية الفقه به . أما الغلط فلم يجد له فى الفقه الإسلامى مكاناً موحداً . فهو أقل عيوب الإرادة بروزاً ، إذ هو أكثر العيوب نزعة ذاتية[٢] .

٤٦٠ — أما الجزاء الذى رتبه الفقهاء على مغايرة التعبير للارادة الحقيقية

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٩٠ ، ص ٢٩١ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٣ ، ص ١٥ .

فى حالات العيوب فهو يختلف من مذهب إلى آخر « فالإكراه حائر فى المذاهب المختلفة بين أن يكون جزاؤه البطلان كما هو الأمر فى المذهب الشافعى ، وفى رواية فى مذهب أحمد ، أو الفساد كما هو الأمر فى مذهب أبى حنيفة عند الإمام وصاحبيه[1] أو الوقف كما هو الأمر عند زفر ، أو عدم اللزوم كما هو الأمر فى مذهب مالك ، وفى رواية أخرى فى مذهب أحمد ، والتدليس يعرفه مذهب مالك فى تردد وحذر ، ويجعل جزاءه خيار التدليس . والاستغلال جزاؤه فى المذاهب المختلفة خيار الغبن . أما الغلط فقد تشتت أكثر من غيره من عيوب الإرادة ولا تستطيع أن تجمع أطرافه فى الفقه الإسلامى إلا إذا ضممت إلى خيار الوصف خيار الرؤية ثم خيار العيب[2] » .

المبحث الثانى

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

٤٦١ — نتكلم فيما يلى أولا عن العوامل المؤثرة فى تنوع مؤيدات الخلاف بين التعبير والإرادة فى المذاهب المختلفة ، ثم نبحث فى النظرية المختارة .

---

(١) نشير فيما يلى إلى خصوصيات الفساد المترتب على الإكراه :

أولا : ترد على البيع إجازة العاقد المكره وهو البائع ، قبل القبض وبعده ، فينقلب البيع صحيحاً ، لأن الفساد فيه لحق البائع لا لحق الشرع . بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلا ترد عليه الإجازة أصلا ، لأن الفساد فيه لحق الشرع ، وبخلاف بيع الهازل حيث تشترط إجازة الطرفين ،

ثانياً : ينقطع حق العاقد غير المكره ، وهو المشترى فى الفسخ بعد القبض ، فيلزمه البيع إذا قبض المبيع ، لأن رضاءه لم يفت ، إذ لم يشبه إكراه . والذى فات هو رضاء البائع ، ولذلك يملك الفسخ بعد القبض كما يملك الإجازة . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، فلكل من العاقدين فسخه حتى بعد القبض ، ولا ينقطع حق الفسخ إلا بتصرف المشترى أو بتغير المبيع .

ثالثاً : فى بيع المكره إذا تصرف المشترى فى المبيع تصرفاً قابلا للفسخ كالبيع ، لم ينقطع حق البائع فى الفسخ . فإذا مافسخ استرد المبيع من أى يد . وهذا بخلاف البيع الفاسد لغير الإكراه ، ففيه إذا تصرف المشترى فى المبيع انقطع حق البائع فى الفسخ . وذلك لأن حق الفسخ ثبت لمعنى يرجع إلى المملوك من الزيادة والجهالة ونحو ذلك ، وقد زال هذا المعنى بزوال المملوك عن ملك المشترى ، فبطل حق الفسخ . فلما ثبت حق الفسخ لمعنى يرجع إلى المالك وهو كراهته وفوات رضاه وإنه قائم ، فكان حق الفسخ ثابتاً (راجع مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ١٩١) .

(٢) مصادر الحق ، جـ ٤ ، ص ٢٩١ .

الفرع الأول

عوامل تنوع الجزاء

٤٦٢ — تختلف العوامل المؤثرة فى تنوع الجزاء فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة من مذهب إلى آخر ، ونبحث فيما يلى أبرز هذه العوامل فى كل مذهب من المذاهب ، وهى : (١) التفرقة بين الرضا والاختيار لدى الأحناف ، (٢) مبدأ الحماية لدى الشافعية ، (٣) مبدأ سلطان الإرادة لدى المذهبين الحنبلى والمالكى .

المطلب الأول

التفرقة بين الرضا والاختيار فى المذهب الحنفى

٤٦٣ — يميز الأحناف بين « الاختيار » وهو ترجيح فعل الشىء على تركه عن « الرضا » وهو الارتياح إلى فعل الشىء[1] ويعرف صاحب التوضيح الاختيار بأنه « القصد إلى مقدور متردد بين الوجود والعدم بترجيح أحد جانبيه على الآخر » وهو إما أن يكون صحيحاً وإما أن يكون فاسداً والصحيح ما استقل الفاعل فى قصده[2] ويعرف صاحب الكشف الرضا بأنه «امتلاء الاختيار وبلوغه نهايته بحيث يفضى أثره إلى الظاهر من ظهور البشاشة فى الوجه[3]» ويضرب أنصار هذه التفرقة عادة كأمثلة لانفكاك الاختيار عن الرضا حالة المريض الذى يختار بتر عضو من أعضائه وهو غير راض به كاره ، وحالة بعض من يقدمون على خدمة العلم مختارين غير راضين ، وعديداً غيرها من الحالات التى ينفك فيها التلازم بين الاختيار والرضا .

وفى نطاق التصرف القانونى يقصد الأحناف بـ « الاختيار » القصد إلى السبب ، ويقصدون بـ « الرضا » الرغبة فى الآثار . وتذكرنا هذه التفرقة التى يقيمها الأحناف بين الاختيار والرضا بالتفرقة الشهيرة التى يعنى أنصار نظرية التعبير فى الفقه الغربى بإبراز معالمها ، تلك هى التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، ويقصد بإرادة التعبير

---

(١) أصول الفقه للخضرى ، ص ١٣٢ .

(٢) شرح التوضيح ، جـ ٢ ، ص ١٩٦ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٢٧٨ ، ص ٢٧٧ .

« أن الشخص الذى تصدر منه عبارة معينة ، أو عمل معين ، أو يتخذ موقفاً معيناً من شأنه أن ينتج أثراً شرعياً ، يجب أن يفعل ذلك ، وهو يريد هذا المظهر المادى الذى يقوم به[1] » . ويقصد بإرادة الأثر « نية إحداث الأثر الشرعى » .

٤٦٤ — وعندى أن هاتين التفرقتين متطابقتان . وتمتاز الاصطلاحات المستعملة فى التسمية الثانية على الاصطلاحات المستعملة فى التسمية الأولى بدقتها .

ويؤكد هذا التطابق ما جاء على لسان فقهائنا المحدثين فى إيضاحهم لمفهومى الاختيار والرضا فقد جاء فى أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف : « فأما الرغبة فى الآثار — وهى حكم العقد — [إرادة الأثر] فذلك ما يريده الحنفية بـ« الرضا » عند إطلاقه . وأما القصد إلى السبب — العبارة — [إرادة التعبير] فذلك ما يريدونه بـ « الاختيار » عند الإطلاق وعلى ذلك فالرضا [الركن المعنوى] عندهم هو الرغبة التامة فى العقد حكما [أثراً] وسبباً [تعبيراً][2] » .

وجاء فى « الملكية ونظرية العقد » للأستاذ محمد أبى زهرة : « إن مذهب الحنفية لا ينظر فى تكوين الاختيار إلا إلى القصد المجرد من غير نظر إلى الرضا والارتياح ، والعبرة فى ذلك القصد عندهم هى فى القصد إلى مباشرة السبب [إرادة التعبير] وهو الألفاظ الدالة على العقود من غير نظر إلى القصد إلى أحكامها [إرادة الأثر] ولذلك يقال إن الهازل مختار للعقد ، وإن كان قد نادى جهاراً من قبل أو من بعد أنه ما قصد ولا يقصد إلى الأحكام . . ولا اعتبار لها فى نظره ، لأن الاعتبار فى تكوين الاختيار فى القصد المجرد إلى النطق بالعبارات المنشئة للعقد من غير نظر إلى ما سواها ولا تفكير فى غيرها[3] » .

٤٦٥ — ويلاحظ هنا أن إرادة الأثر هى أكثر عموماً من إرادة التعبير فتكون

---

(١) يوناسكو ، مقال جينى ، ص ٣٧٢ . بهجت بدوى ، رقم ٥٧ ، نظرية العقد السنهورى ١٧٢ . راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٣٦٢ — ٣٦٣ .

(٣) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ١٩٢ .

النسبة بينهما هى العموم والخصوص المطلق[1] لأن إرادة الأثر هى أعم مطلقاً وأبداً ، وإرادة التعبير أخص . فكل إرادة للأثر هى إرادة للتعبير فى نفس الوقت ، وليست كل إرادة للتعبير إرادة للأثر . فقد تتوافر الأولى ، وتتخلف الثانية ، كما فى الصورية .
ويقول الأستاذ على الخفيف فى هذا المعنى : « ومن هذا يظهر أن الرغبة فى حكم العقد [إرادة الأثر] تستلزم الرغبة فى سببه ، والقصد إليه [إرادة السبب] ، لأن من يرغب فى زواج مثلا يقصد إنشاءه بالعبارة الدالة عليه ، ويرغب فى ذلك ، وإن القصد إلى سبب العقد ، وهو العبارة [إرادة التعبير] لا يستلزم الرضا بحكمه [إرادة الأثر] ، وإن شئت قلت لا يستلزم الرغبة فيه ، إذ قد يقصد إلى العبارة لغرض آخر ، كدفع أذى كما فى المكره ، أو لهو كما فى الهازل ، ولذا قال الفقهاء : وجود الرضا بالحكم يستلزم وجود الاختيار فيه ، وفى سببه ، ويستلزم كذلك الرضا بالسبب ، ووجود الاختيار لا يستلزم وجود الرضا ، لأن مجرد القصد إلى شىء لا يلزم منه الرغبة فيه[2] » .

٤٦٦ — *ثمرة التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر* : تبدو ثمرة تمييز الأحناف بين إرادة التعبير وإرادة الأثر فى ابتكارهم لمرتبة وسطى من المؤيدات تقع بين البطلان والصحة . فهم بينما يعتبرون توافر إرادة التعبير شريطة انعقاد جزاؤها البطلان ، يعتبرون توافر إرادة الأثر شريطة صحة جزاؤها الفساد . ولولا هذا التمييز لغدا جزاء الخلاف واحداً . وهو يكون عندها إما الصحة ، إذا انحاز الأحناف إلى النزعة الموضوعية ، وإما البطلان ، إذا انحازوا إلى النزعة الذاتية .

٤٦٧ — وتبدو ثمرة هذا التمييز من جهة أخرى فى تمييز الأحناف بين تصرفات تقوم عبارتها مقام معناها ، وتكفى فيها إرادة التعبير لصحتها وهى التصرفات التى لا تقبل الفسخ كالنكاح والطلاق والعتاق والرجعة واليمين .

---

(١) العموم والخصوص فى اصطلاح المناطقة نوعان : مطلق ووجهى . ويتحقق العموم والخصوص المطلق عندما يكون أحد الشيئين أعم من الآخر دائماً ، وأخص دائماً كما فى المثال الوارد فى المتن . ويتحقق العموم والخصوص الوجهى عندما يكون كل منهما أعم من الآخر من وجه وأخص من وجه كالنسبة بين مفهومى « البحرى » و « الناقل » مثلا . فالبحرى أعم من وجه ، لوجوده فى الناقل وغيره ، والناقل أعم من وجه ، لوجوده فى البحرى وغيره .
(٢) أحكام المعاملات الشرعية ، المرجع السابق .

وتصرفات لا تقوم فيها العبارة مقام معناها بل يجب أن تتوافر فيها إرادة الأثر إلى جانب إرادة التعبير وهى التصرفات التى تقبل الفسخ كالبيع وغيره .

وينبنى على هذه التفرقة الأخيرة تصحيح نكاح المكره وطلاقه ورجعته وعتاقه لتوافر إرادة التعبير دون إرادة الأثر وفساد بيع المكره والهازل والخاطىء لتخلف إرادة الأثر دون إرادة التعبير .

وبطلان تصرفات المجنون والنائم لتخلف العنصر المعنوى للتصرف بكامله بما فيه من إرادة للتعبير وإرادة للأثر .

وتعتبر مرتبة الفساد التى ابتكرها الأحناف دون غيرهم بمثابة ملجم يحد من تطرف التشريع نحو النزعة الذاتية أو النزعة الموضوعية .

فهم مثلا فى العقد الصورى لم يجنحوا إلى بطلانه كما ذهب المالكية مطاوعين فى ذلك نزعتهم الذاتية . وهم لم يجنحوا إلى تصحيحه كما ذهب الشافعية مطاوعين فى ذلك نزعتهم الموضوعية بل قرروا مرحلة للبطلان بين بين هى مرحلة الفساد موفقين فى ذلك بين عاملى الاستقرار والعدالة كما سنرى .

جاء فى كتاب الملكية ونظرية العقد فى صدد بيان ثمرة التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر :

« والعماد الأول لتكوين العقود فى مذهب الحنفية إنما هو الاختيار . أما العنصر الثانى وهو الرضا فليس بلازم لانعقاد العقود ، ولكنه لازم لصحة أكثرها ، وعلى ذلك نقول إذا وجد الاختيار مع استيفاء بقية ما يجب توافره لانعقاد العقد فقد وجد العقد ، وإن لم يكن رضا وارتياح نفسى ، وقصد إلى الأحكام والآثار ، لأنه لا يلزم لانعقاد العقد الرضا ، بل هو شرط لصحة العقد ، بمعنى ترتيب آثاره الشرعية عليه وإقرار الشارع له ، ولا يلزم من وجود العقد صحته وترتيب آثاره بمجرد تكونه ، بل قد يوجد ويكون فاسداً ، وعلى ذلك نقول : إنه إذا كان أحد العاقدين فى بيع أو إجارة أو نحوهما مكرهاً على العقد غير راض به ينعقد عقده ، ويكون فاسداً ؛ لأن العماد الأول ، وهو الاختيار قد وجد بالقصد إلى مباشرة السبب ، فينعقد العقد . ولكن لم

يتوافر شرط من شروط الصحة ، وهو الرضا والارتياح فيكون العقد فاسداً[1] » .

وجاء في أحكام المعاملات الشرعية في هذا المعنى : « فإن كان العاقد راغبا في العبارة لاتخاذها وسيلة لهو ولعب أو سمعة أو رياء تحقق فيه مع الاختيار الرضا بالسبب فهو راض به مختار فيه ، ولكنه غير راغب في حكمه ولا قاصد اليه ، وهذا هو شأن الهازل وما يشبهه فالهازل عندهم مختار غير راض . . وإن كان غير راغب فيها ، ولا فيما تدل عليه من إرادة ليس لها في كثير من الأحوال وجود في نفسه ، وانما صدرت منه تنفيذاً لإرادة شخص آخر وموافقة له ، لأن في ذلك منجاة من أذى يهدد به عند عدم الامتثال ، فهو في هذه الحالة غير راض بالحكم . . وليس عنده إلا الاختيار في سببه ، وهذا هو حال المكره ومن هذا يتبين أن الإكراه يعدم الرغبة في الحكم [إرادة الأثر] ، وان شئت قلت يعدم الرضا ، ولا يبقى معه إلا القصد إلى العبارة [إرادة التعبير] باعتبارها سبباً منشئاً لعقد عادة ، وإن لم يردها كذلك ، وان شئت قلت لم يبق معه إلا الاختيار فيها[2] . »

٤٦٨ — وينبني أخيراً على التفرقة بين الرضا والاختيار اعتبار الرضا عنصراً ثانويا في التصرف القانوني . ونورد فيما يلي نصين من الفقه الحنفي يصوران بوضوح تدخل هذه التفرقة لدى الأحناف في اعتبار التعبير جوهراً للتصرف القانوني وأولهما للكمال بن همام يقرر فيه بجلاء أن الرضا ليس ركناً بل شرطاً . ثانيهما للسرخسي يقرر فيه أن التصرف كلام . جاء في فتح القدير : « وأما ركنه [البيع] فالفعل المتعلق بالبدلين من المتخاطبين أو من يقوم مقامهما الدال على الرضا بتبادل الملك فيهما . وهذا مفهوم الاسم شرعا . وقد يكون ذلك الفعل قولا وقد يكون فعلا غير قول كما في التعاطي . . وقد يكون الرضا ثابتاً ، وقد لا يكون . فان لفظ بعت مثلا ليس علة لثبوت الرضا بل أمارة عليه . فقد يتحقق مع انتفائه كالغيم الرطب للمطر ، فكذا يتحقق بعت واشتريت ، ولا رضا ، كما في بيع المكره على ما اخترناه من أن حقيقة التراضي ليس جزء مفهوم البيع شرعا بل شرط ثبوت حكمه شرعا[3] . »

---

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ الشيخ محمد أبي زهرة ، ص ١٩٢ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص٣٦٣ — ٣٦٤ .

(٣) فتح القدير ، ج ٥ ، ص ٧٤ ، س ٨ ، راجع ماسبق ، ف ٤٢٨ ، ص ٤٠٨ .

وظاهر من كلام ابن الهمام أن الرضا ليس ركنا فى التصرف لأن الركن هو ما يتوقف وجود العقد عليه وكان جزءامن مفهومه . بل هوشرط فى التصرف لأن الشرط هو كل أمر ربط به غيره عدماً لا وجوداً وهو خارج عن ماهيته .

ولعل انتفاء ركنية الرضاء فى التصرف هو الذى دعا الفقهاء إلى تعريف البيع على أنه مبادلة مال بمال بدون قيد التراضى [١] وظاهر أن هذا التعريف يتعارض تعارضاً بيناً مع الآية القرآنية والحديث الشريف اللذين سبق أن أشرنا اليهما واللذين يقيدان البيع بالتراضى ، على أن هذا التعارض يجد تسويغه كما أسلفنا فى نزوع الفقه الحنفى نحو استقرار التعامل . هذا ولم يفت بعض الفقهاء أن يقيدوا تعريف البيع بالتراضى اقتداءبا لآية الكريمة . بيد أن هذا التقييدلم يكن موضع قبول الفقهاءالآخرين ، لأنه ينبو عن جوهرية التعبير فى التصرف القانونى فى الفقه الاسلامى كما حققه الكمال .

جاء فى الفتاوى الهندية : « أما تعريفه [البيع] فمبادلة المال بالمال بالتراضى كذا فى الكافى -- قوله بالتراضى قيد به اقتداء بالآية ،وليس جزءاً من التعريف ، كما حققه الكمال [٢] . »

وجاء فى رد المحتار فى صدد تعليقه على تقييدصاحب الكنز لتعريف البيع بالتراضى ما يلى : « فلا يناسب ذكر التراضى فى التعريف ، ولذا قال فى الفتح : إن التراضى ليس جزء مفهوم البيع الشرعى ، بل شرط ثبوت حكمه شرعاً ، أى لأنه لو كان جزء مفهوم البيع شرعا لزم أن يكون بيع المكره باطلا وليس كذلك ، بل هو فاسد كما علمت ، وأنت خبير بأن التعريف شامل للفاسد بسائر أنواعه .. لأنه بيع حقيقية وإن توقف حكمه على القبض ، فالتقييد بالتراضى ، لإخراج بعض الفاسد وهو بيع المكره ، غير مرضى [٣] . »

وجاء فى المبسوط فى تعليل فساد عقد المكره : « وحجتنا فى ذلك أنه تصرف من أهله فى محله ، فلا يلغى ، كما لو كان طائعاً ، وبيانه أن هذاالتصرف كلام ، والأهل

---

(١) درر الحكام لمنلا خسرو ، ج ٢ ، ص ١٤٢ .
(٢) الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٢ .
(٣) رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٤ .

للكلام يكون مميزاً ومخاطباً ، وبالإكراه لا ينعدم ذلك . . . وهذا لأن الخطاب ينبنى على اعتدال الحال ، وذلك تختلف فيه أحوال الناس ، فأقام الشرع البلوغ عن عقل مقام اعتدال الحال فى توجه الخطاب واعتبار كلامه شرعاً تيسيراً للأمر على الناس ، وبسبب الإكراه لا ينعدم هذا المعنى ، والسبب الظاهر متى قام مقام المعنى الخفى دار الحكم معه وجوداً وعدماً .

وبيان المحلية أنه ملكه ، ولو لم يكن مكرها لكان تصرفه مصادفاً محلة ؛ وليس للطواعية تأثير فى جعل ما ليس بمحل محلا ، فعرفنا أن التصرف صادف محله، إلا أنه بسبب الإكراه ينعدم الرضا منه بحكم السبب ، ولا ينعدم أصل العقد والاختيار ، لأن المكره عرف الشرين فاختار أهونهما ، وهذا دليل حسن اختياره ، فكيف يكون مفسداً لاختياره ؟ وهو قاصد إليه أيضاً لأنه قصد دفع الشر عن نفسه [1] . »

٤٦٩ — **الاعتراض على التفرقة بين الرضا والاختيار** : لقيت هذه التفرقة نقداً لاذعاً من الدكتور جلال عبده فى رسالته « العنصر النفسى فى العقود وفق المفهوم الإيرانى » إبان شرحه للمادة ١٩٥ من القانون المدنى الإيرانى المستمدة من الفقه الشيعى الآخذ بهذه التفرقة . وقد ذهب إلى وصفها بأنها غير منطقية وخطرة بدليل أنها قد دعت المشرع الإيرانى إلى تقرير بطلان العقد حال تخلف الاختيار ، وقابليته للإجازة حال تخلف الرضا . وهو يرى أن هذا الحل غير منطقى ، لأنه يعترف ببعض الآثار للعقود المشوبة بالإكراه ؛ وهو خطر ، لأنه يشجع الأشخاص غير الشرفاء الذين يستغلون نفوذهم على إكراه الغير على التعاقد على أمل الحصول فى المستقبل على إجازة أقرب تناولا وأيسر مطلباً من العقد نفسه ، وفيما عدا ذلك فهو يرى أنه لما يجافى المنطق أن يعترف القانون بآثار لإكراه يقع محدثه تحت متناول قانون العقوبات [2] . وعلى ذلك فهو يرى وجوب بطلان العقود المشوبة بالإكراه ، ونفصل فيما يلى أدلته التى استند فيها إلى الكتاب والسنة والقياس والاستصحاب [3] . ووجه استدلاله

---

(١) المبسوط ، ج ٢٤ ، ص ٥٦ — ٥٩ .
(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف طبعة عام ١٩٤٧ ، ٣٦٣ — ٣٦٤ .
(٣) Djalal ABDOH L'Elément Psychologique dans les Contra s suivant la conception Iranienne, Paris, 1937, P. 200-201.

بالـكتاب والسنة : أن العقد المشوب بالإكراه يجب أن يتقرر بطلانه بالآية الـكريمة : إلا أن تـكون تجارة عن تراض ، والحديث الشريف : لا يحل مال امرىء مسلم إلا عن طيب نفس منه . وفيما عدا ذلك فإنه لا وجه للتفرقة بين العقود ، والتصرفات الصادرة من جانب واحد ، فـكما أن الشارع قد قرر البطلان جزاء لتخلف الرضا فى الثانية ، فـكذلك يجب أن يكون البطلان جزاء لتخلف الرضا فى الأولى .

وكذا فإن قاعدة اليقين لا يزول بالشك لا تسعف فى قيام العقد المشوب بالإكراه ، ذلك لأن الأمر المتيقن هو انعدام العقد تبعاً لانعدام الرضا عملا بالآية الـكريمة ، فلا وجه لقيامه على أساس أن إجازةً غير متيقنة قد تلحق به فى المستقبل لتصحيحه . وفيما عدا ذلك فإن مقتضى الرضائية التى يأمر بها القرآن أن يقوم العقد على إرادتين عند انعقاده لا أن يتراخى هذا التوافق إلى حين الإجازة اللاحقة .

٤٧٠ — تقدير التفرقة بين الرضا والاختيار : لسنا نخالف الدكتور عبده فى أن المصادر المباشرة الأصيلة فى الفقه الإسلامى تأمر باحترام الإرادة الحقيقية وتجنح نحو تأمين العدالة ، وأن العقد المشوب بالإكراه يجب أن يتقرر بطلانه بناء على هذه المصادر ، بيد أننا نعتقد أن نظرية الفساد التى ابتـكرها الأحناف — والتى أوجدوا بموجبها مرحلة وسطى للبطلان إلى جانب إيجادهم مرحلة وسطى للرضا هى الاختيار — إن هذه النظرية كان يحتم ابتداعها الظرف الحضارى الذى نشأت فى ظله . ولقد كانت فى نظرنا بمثابة معدل لتلك الطفرة التى انقلبت فيها الثورة التشريعة الإسلامية على ما كان يخالط قبلها التصرفات من جهالة وغرر وعدم اعتداد بالرضا . ولئن استجابت بقية المذاهب إلى ردة الفعل هذه ، وفرضت البطلان مؤيداً لما أمر به النظام العام الجديد ، وقضت تبعاً لذلك ببطلان العقود التى يشوبها غرر أو جهالة أو انتفاء للرضا فى بعض الحالات ، فقد رأى بناة المذهب الحنفى أن يلتزموا جانب القصد فى ذلك ، واخترعوا مؤيد الفساد جزاءً يفرض على ما يخالف أوامر الدين الجديد من تصرفات ، وكان فساد العقد المشوب بالإكراه صورة من صور هذه الملاجات التى

قدمها الفقه الحنفى ، موفقاً بين متطلبات العدالة التى يأمر بها الدين ، واستقرار التعامل الذى كان يحتمه الظرف الحضارى[1] .

---

(١) هذا ولقد أشاد أستاذنا السنهورى بابتداع الأحناف لنظرية الفساد إذ يقول : « إن هناك أسباباً كثيرة فى الفقه الاسلامى من شأنها أن تجعل العقد منحلا أو تضعف من قوة الإلزام فيه . من ذلك أسباب الفساد المختلفة فالغرر فى أوسع معانية سبب لفساد العقد ، والربا وشبهة الربا واقتران العقد بشرط نافع ويسمى بالشرط الفاسد ونحو ذلك . . . ولا يوجد فى الفقه الغربى ما يقابل ذلك ، ومن ثم سلمت قوة العقد الملزمه فيه من الضعف . على أن الصناعة فى الفقه الحنفى كان لها أثر بعيد فى الحد من نتائج إضعاف القوة الملزمة للعقد . . وذلك (١) عن طريق ابتداع فكرة العقد الفاسد ذاتها . (٢) وجعل العقد الفاسد ينتج آثاراً هامة لحماية الغير ، وحماية العاقد نفسه ، بل وتصحيح العقد ذاته بإزالة المفسد . (٣) وظهور تيار يزيد فى إبعاد العقد الفاسد عن العقد الباطل .

وهذه الصناعة الرائعة أريد بها التخفف من الأسباب الكثيرة التى تضعف من قوة العقد . وإذا كان الفقه الغربى ليس فى حاجة إلى العقد الفاسد لأنه خطا مراحل فى قوة العقد الملزمة استبعد فيها الأسباب الكثيرة التى تضعف من هذه القوة ، فأجاز اقتران العقد بالشرط وضيق من نطاق الغرر إلى حد كبير ، إلا أن فكرة العقد الفاسد تبقى فكرة رائعة فى الصناعة الفقهية لتدل كيف يخطو الفقه خطوة خطوة فى مراحل التطور عن طريق الصناعة الفقهية .

ويقول أيضاً : إن الفقه الحنفى أراد فى الواقع من الأمر أن يعزل جملة من الأسباب عن أن تكون أسباباً لبطلان العقد ، فهو بتمييزه بين الأصل والوصف ، جمع تحت الوصف الغرر والربا والشرط الفاسد ، وعزلها عن أصل العقد ، وجعل حكمها غير حكم الأركان والشرائط . فميز بذلك بين ما عده أصلا فى العقد إذ جعل أى خلل فيه يصيب العقد بالبطلان ، وبين ما عده وصفاً فأنزله منزلة أقل شأنا من منزلة الأصل . وبذلك أضعف الأثر الذى يترتب على الغرر والربا والشرط الفاسد تحت ستار العقد الفاسد . فهذه أسباب لا تعتبر كالأصل أسباباً ثابتة ، بل هى أسباب متطورة ، تطورت فعلا ، وكانت فى سبيلها إلى التطور ، وكان من الممكن بفضل فكرة العقد الفاسد أن تواصل سيرها فى التطور .

فإيجاد مرتبة من البطلان هى مرتبة العقد الفاسد ، متميزة كل التميز عن مرتبة العقد الباطل ، هو فى ذاته كسب كبير فى الصناعة الفقهية . وإذا كانت هذه المرتبة لا يحتاج إليها الفقه الغربى بعد تطوره ، فلا ننسى أنها فى ذاتها عامل من العوامل الهامة فى تطور أى فقه ، والاستغناء عنها بعد أن تؤدى مهمتها لا يدل إلا على خطر هذه المهمة .

ولم تتابع المذاهب الأخرى الفقه الحنفى فى تمييز العقد الفاسد عن العقد الباطل ، بل خلطت بين النوعين فأصبح الغرر والربا والشرط كلها أسباب لبطلان العقد ، ولا يتميز فى البطلان عقد باشره مجنون وعقد اقترن بشرط نافع لأحد العاقدين . (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٢٩٨ — ٣٠٠) .

المطلب الثانى

نظرية الجعلية فى المذهب الشافعى وتنوع الجزاء

٤٧١ — درج الفقهاء على القول بأن التفرقة بين الرضا والاختيار هى تفرقة خاصة بالفقه الحنفى . ونرى أن هذه التفرقة ليست خاصة بالأحناف ، بل هى مشتركة بينهم وبين بقية المذاهب . ولئن كانت هذه التفرقة بارزة فى فروع المذهب الحنفى ، فإنما يرجع ذلك إلى عدم تلاقيها مع مبدأ آخر فى هذا المذهب يطغى عليها ، ويخفف من وضوحها ، كما فى المذهب الشافعى ، حيث يهيمن مبدأ جعلية الآثار على هذه التفرقة ، مستتبعاً إبراز إرادة التعبير ، وإدماج إرادة الأثر فى إرادة الشارع . وكما فى المذهب الحنبلى حيث يهيمن على هذه التفرقة نزوع واضح نحو مبدأ سلطان الإرادة ، مستتبعاً — بخلاف المذهب الشافعى — إبراز دور العاقد فى إرادة الأثر فى إنشاء التصرف القانونى ، ومعتبراً توافر هذه الإرادة مناطاً لانعقاد العقد وصحته .

فالخلاف إذن بين المذهب الحنفى وغيره من المذاهب فى صدد التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر إنما هو خلاف فى الدرجة . فبينما ينيط المذهب الشافعى إرادة الأثر فى الصريح بإرادة الشارع على أساس موضوعى ، ويجعل إرادة التعبير وحدها هى الفيصل فى تقرير مصير التصرف وجوداً وعدماً ، تنيط المذاهب الأخرى هذه الإرادة إلى حد ما بإرادة الأفراد ، مستندة فى ذلك إلى معيار ذاتى .

٤٧٢ — ولقد ترتب على هذا الخلاف الذى يجد جذوره الحقيقية ، فى نظرنا ، فى نظرية الجعلية — التى تقضى بربط إرادة الأثر بإرادة الشارع والتى طبقها المذهب الشافعى تطبيقاً أميناً دقيقاً — أن افترق المذهب الشافعى عن المذهب الحنفى فى مجال أحكام التنظيم الفقهى فى عدة أمور نستعرضها فيما يلى :

٤٧٣ (١) **اندغام الرضا بالاختيار** : لم يعد ثمة مجال للتمييز لدى المذهب الشافعى بين الرضا والاختيار ، فهما فى نظره مفهومان مترادفان يقصد منهما اتجاه إرادة صاحب التعبير إلى العبارة المفصحة عما فى نفسه ، وإن شئت فقل أنهما مفهومان مندغمان . وهذا الاندغام قد تم فى نظرنا فى المذهب الشافعى على حساب إرادة الأثر ،

لأن إناطة هذه الإرادة بإرادة الشارع قد أفضى إلى تضاؤل ظلها ، فلم يعد لها ذلك السلطان الراجح الذى تحظى به فى ظل المذهب الحنفى الذى أناطها بإرادة الأفراد إلى حد ما .

جاء فى كتاب الملكية ونظرية العقد فى تأكيد التلازم بين الرضا والاختيار فى المذهب الشافعى ما يلى : « أما ما يفهم من أحكام مذهب الشافعى وغيره من المذاهب فى معنى الاختيار فغير ما يفهم من فروع الحنفية ، إن الاختيار عند الشافعى هو القصد إلى العبارات المنشئة للعقود بحيث تكون تلك العبارات ترجمة عما فى النفس ودليلا على رغباتها وغاياتها ، فإذا لم تتوافر فى العبارات تلك الدلالة ، لم يكن ثمة اختيار ، لأن العبارات حينئذ لا تدل على القصد النفسى ، فلا يكون اختيار فى مجرد قصد النطق . . . ومن هذا يفهم بلا ريب أن الاختيار والرضا يتلازمان عند الشافعى وغيره ، ما عدا الحنفية ، فلا يتحقق اختيار مجرد عن الرضا ، كما أن الرضا لا يتحقق من غير اختيار[1] » .

وجاء فى أحكام المعاملات الشرعية فى هذا المعنى : « ذلك هو مذهب الحنفية ، وخالفهم الشافعية فى ذلك لم يفرقوا بين الرضا والاختيار ، وأرادوا منهما معنى واحداً ، فكانا عندهم لفظين مترادفين أو متلاقيين عند معنى واحد فى النهاية ، ويريدون بكل منهما قصد العاقد إلى العبارة المفصحة عما فى نفسه من إرادة إنشاء العقد[2] » .

٤٧٤ (٢) **إلغاء محطة الفساد** : ولقد ترتب على مخالفة المذهب الشافعى المذهب الحنفى فى مسلكه فى التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، أن خالفه أيضاً فى تمييزه بين العقد الفاسد والعقد الباطل ، فلم يعترف المذهب الشافعى بهذا التمييز الأخير ، وألغى محطة الفساد التى وضعها الفقه الحنفى بين مرحلتى الصحة والبطلان ، واعتبر للعقد مرحلتين لا ثالث لهما : هما مرحلة الصحة ، ومرحلة البطلان . أما العقد الفاسد فهو فى لغة غيره من المذاهب مترادف مع العقد الباطل .

---

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ١٩١ .
(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٧ .

أو الغلط في التعبير : ولقد ترتب على إلغاء محطة الفساد التي يعتد بها الفقه الحنفي ، أن أعطى الفقه الشافعي مصيراً جديداً للتصرفات التي تقف في هذه المحطة لدى الأحناف ، ولقد اختار لها الفقه الشافعي ، وعلى ضوء تأصيله للتمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، أحد مصيرين : فنها ما كان مصيره الانضمام إلى طائفة العقود الصحيحة وهي التصرفات التي تأكد هذا المذهب من توافر إرادة التعبير فيها كالتصرفات الصورية . ومنها ما كان مصيره الانضمام إلى طائفة العقود الباطلة في هذا المذهب ، وهي التصرفات التي تأكد هذا المذهب من تخلف إرادة التعبير فيها كالتصرفات المشوبة بغلط في التعبير ، أو فساد هذه الإرادة فيها كالتصرفات المشوبة بالإكراه .

ويقول أستاذنا على الخفيف في هذا المعنى : « فالمكره عندهم غير مختار حتى في عبارته ، لأنه ما قصد إليها باعتبارها وسيلة إلى الإفصاح عما في نفسه ، بل باعتبارها حركة لسانية تنجيه من الأذى الذي هُدد به ، وكذلك الحال في الناسي والمخطىء ، فلا اختيار لهما ولا رضا بالنسبة إلى العقد ؛ لأنهما لا يريدان عقداً . وليس لعبارتهما دلالة على شيء من ذلك ، ولذا كانت عبارتهما مهدرة ، وجميع عقودهما باطلة أو فاسدة .

أما الهازل فيصححون عبارته وجميع تصرفاته لأنه قد أتى باللفظ عن قصد واختيـــار . **ولايملك مع تحقق قصده واختياره أن يجرد العبارة من آثارها الشرعية لان هذا تغيير للمشروع وليس له**[1] » . وظاهر من النص السابق أن إرادة التعبير وحدها هي أساس الإلزام ، فإذا ما فسدت كما في الإكراه أو انتفت كما في سبق اللسان فلا يقوم العقد ولا يولد آثاره . أما إذا تحققت سليمة كما في الصورية قام العقد وولد آثاره ، وليس لنا أن نبحث عما إذا كانت إرادة العاقد قد انصرفت إلى توليد الآثار أم لم تنصرف . ذلك لأنه من المقرر في منطق هذا الفقه أن الأثر هو من عمل الشارع لا من عمل العاقد ، ومعنى هذا أن العاقد كما مر « لا يملك مع تحقق قصده واختياره أن يجرد العبارة من آثارها الشرعية لأن هذا تغيير للمشروع وليس له » .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٢٢٧ . وانظر أيضاً أسنى المطالب شرح روض الطالب ، جـ ٣ ، ص ٢٨١ .

ونورد فيما يلي نصاً واضح الدلالة على أن المذهب الشافعي يقر التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر من حيث المبدأ ، وأنه يبنى عليها تنويع الجزاء فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة . جاء فى الأشباه والنظائر للسيوطى :

« قد يشكل على قولهم الصريح لا يحتاج إلى « نية » قولهم يشترط فى وقوع الطلاق « قصد حروف الطلاق بمعناه » وليس بمشكل . فإن المراد فى الكناية قصد إيقاع الطلاق [إرادة الأثر] وفى الصريح قصد معنى اللفظ بحروفه [إرادة التعبير] لا الإيقاع [إرادة الأثر] ليخرج ما إذا سبق لسانه ، وما إذا نوى غير معنى الطلاق الذى هو قطع العصمة ، كالحل من وثاق ، ويدخل ما إذا قصد المعنى [إرادة التعبير] ولم يقصد الإيقاع [إرادة الأثر] كالهازل [1] »

ويستفاد من هذا النص المهم أن الشافعية يميزون بوضوح فى التعبير الكنائى بين إرادة التعبير وإرادة الأثر ، ويعلقون مصير الإرادة الثانية على بيان صاحب التعبير . أما التعبير الصريح فالمطلوب فيه توافر إرادة التعبير فقط . أما إرادة الأثر فهى تصدر عن الشارع وحده . وبعبارة أخرى إن الصريح والكناية يلتقيان فى تطلب كل منهما لإرادة التعبير ، ويفترقان فى استغناء الأول منهما عن إرادة الأثر وافتقار الثانى إلى هذه الإرادة ، وما يجرى على لسان الأصوليين من أن التعبير الصريح لا يحتاج إلى نية إنما المقصود به إرادة الأثر .

٤٧٦ (٤) — **أبطال التصرفات غير القابلة للفسخ المشوبة بالإكراه أو الغلط فى التعبير** : لم يقف المذهب الشافعى عند حد إبطال التصرفات القابلة للفسخ المشوبة بالإكراه أو الغلط فى التعبير ، بل مد ببصره إلى منطقة التصرفات غير القابلة للفسخ وتناول منها العقود المشوبة بالإكراه أو الغلط فى التعبير — وهى تصرفات يصححها الأحناف كما رأينا — وقذف بها إلى حظيرة العقود الباطلة نظراً لفساد إرادة التعبير فى الأولى ، وتخلفها فى الثانية ، ولم يشفع لها كونها من التصرفات التى لا تقبل الفسخ والتى يقوم لفظها مقام معناها لدى الأحناف ، ذلك لأن هذه النيابة ، إذا سوغها

(١) الأشباه والنظائر للسيوطى ، ص ٢٤١ .

المنقول والمعقول فى حالة الهزل للحديث ، ولتوافر إرادة التعبير لدى الهازل ، فليس ثمة ما يعضدها فيما عدا ذلك من العيوب . فلا مناص إذن من إخضاعها للقاعدة العامة وهدمها فى كل حالة تتخلف فيها إرادة التعبير أو تفسد . وعلى هذه القاعدة سار المذهب الشافعى فأبطل التصرفات الخمسة غير القابلة للفسخ إذا شيبت فيها إرادة التعبير بالإكراه ، أو انتفت كما فى الغلط فى التعبير .

المطلب الثالث

مبدأ سلطان الإرادة فى المذهبين الحنبلى والمالكى

§ ١ — المذهب الحنبلى

٤٧٧ — يكتسب تمييز إرادة التعبير عن إرادة الأثر فى الفقه الحنبلى طابعاً خاصاً يميزه إلى حد كبير عن تمييز المذهب الشافعى الذى تغلب فيه النزعة الموضوعية كما أسلفنا . فبينا يذهب هذا المذهب الأخير إلى أن إرادة الأثر هى إرادة الشارع نجد اتباع المذهب الحنبلى يذهبون إلى أن إرادة الأثر هى إرادة العاقد لا إرادة الشارع مطاوعين فى ذلك ما استقر فى مذهبهم من تشيع واضح لمبدأ سلطان الإرادة العقدية ، من ذلك الشعار الذهبي الذى قرره ابن تيمية فى فتاواه وهو القائل فيه :
« **الاصل فى العقود رضا المتعاقدين ، ونتيجتها هو ما أوجباه على أنفسهما فى التعاقد** [1] »

وما جاء فى إعلام الموقعين حيث يؤكد الفقيه المحدد ابن قيم الجوزية من أنه « لا بد من اعتبار القصد والنية فى الكلام **حتى فى الصريح منه** وهذا الذى قلناه من اعتبار النيات والمقاصد فى الألفاظ وأنها لا تلزم أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها مريداً لموجباتها . كما أنه لابد أن يكون قاصداً باللفظ مريداً له .

فلابد من إرادتين ، (١) إرادة التكلم باللفظ اختيارا .

(٢) وإرادة موجبه ومقتضاه

---

(١) فتاى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢٣٩ .

بل إن إرادة المعنى آكد من إرادة اللفظ ، فإنه المقصود ، واللفظ وسيلة[1] .

ويذكرنا هذان النصان الخطيران بالصيغة المختارة لمبدأ سلطان الإرادة فى الفقه الغربى الذى يقضى بأن « الإرادة لها السلطان الأكبر فى تكوين العقد ، وفى الآثار التى تترتب عليه[2] . » وهما يحملان مساساً بليغاً بقاعدتين مهمتين معروفتين فى الفقه الإسلامى الأولى : إن الصريح لا يحتاج إلى النية . والثانية : إن إرادة الأثر هى إرادة الشارع لا إرادة العاقد . على أن خروج ابن القيم عن مقتضى هاتين القاعدتين لا يجرى على إطلاقه .

ونستعرض فيما يلى نصاً لابن القيم يؤيد فيه خروج الصريح عن قاعدته ثم نتلوه بنصين آخرين يقيدان هذا الخروج . جاء فى إعلام الموقعين بعد كلام ابن القيم السابق « هو قول أئمة الفتوى من علماء الإسلام . وقال مالك وأحمد فيمن قال : « أنت طالق البتة » وهو يريد أن يحلف على شىء ثم بدا له فترك اليمين ، لا يلزمه شىء لأنه لم يرد أن يطلقها . وكذلك قال أصحاب أحمد . وقال أبو حنيفة من أراد أن يقول كلاماً فسبق لسانه فقال « أنت حرة » لم تكن بذلك حرة[3] . وقال أصحاب أحمد لو قال الأعجمى لامرأته : « أنت طالق » وهو لا يفهم معنى هذه اللفظة ، لم تطلق ، لأنه ليس مختاراً للطلاق ، فلم يقع طلاقه كالمكره ، فلو نوى موجبة عند أهل العربية لم يقع أيضاً ، لأنه لا يصح منه اختيار على مالا يعلمه ، وكذلك لو نطق بكلمة الكفر من لا يعلم معناها لم يكفر ، وفى مصنف وكيع أن عمر بن الخطاب قضى فى امرأة قالت لزوجها سمنى ، فسماها « الطيبة » فقالت : لا . فقال لها ما تريدين أن أسميك قالت سمنى خلية طالق . قال لها « فأنت خلية طالق » ، فأتت عمر بن الخطاب فقالت إن زوجى طلقنى . فجاء زوجها ، فقص عليه القصة ، فأوجع عمر رأسها ، وقال لزوجها خذ بيدها وأوجع رأسها : وهذا هو الفقه الحى الذى يدخل على القلوب بغير استئذان ! **وإن تلفظ بصريح الطلاق** وقد تقدم أن الذى قال لما وجد راحلته : اللهم

---

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٤ .

(٢) الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، ف ٤١ ، ص ١٤١ .

(٣) راجع ما سبق ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٩ . حيث أشرنا إلى أن هذا القول مرجوح لدى أبى حنيفة .

أنت عبدى وأنا ربك أخطأ من شدة الفرح ، لم يكفر بذلك ، وإن أتى بصريح الكفر لكونه لم يرده ، والمكره على الكفر أتى بصريح كلمته ولم يكفر لعدم إرادته[1] » .

٤٧٨ — ويبدو أن ابن القيم لا يساير منطق خروجه عن قاعدة التعبير الصريح حتى غايته بل تكاد تلمس من حين إلى آخر فى نصوصه نزوعا نحو تطبيق قاعدة التعبير الصريح التى تقضى بالتعويل على الإرادة الظاهرة ؛ ونورد فيما يلى نصاً آخر لابن القيم يستفاد منه اعتداده بالإرادة الظاهرة — ويدعوها قصداً حكميا — رغم انفصامها عن الإرادة الباطنة . جاء فى إعلام الموقعين :

« وهذه الأقوال [صيغ العقود] إنما تفيد الأحكام إذا قصد المتكلم بها حقيقة — أو حكماً — ما جعلت له وإذا لم يقصد بها ما يناقض معناها وهذا فيما بينه وبين الله تعالى

فأما فى الظاهر فالامر محمول على الصحة وإلا لما تم عقد ولا تصرف . فإذا قال : بعت أو تزوجت ، كان هذا اللفظ دليلا على أنه قصد معناه المقصود به **وجعله الشارع بمنزلة القاصد** وإن كان هازلا .

وهذا شأن عامة أنواع الكلام ، فإنه محمول على معناه المفهوم منه عند الأطلاق لا سيما الأحكام الشرعية التى علق الشارع بها أحكامها فإن المتكلم عليه ان يقصد بتلك الألفاظ معانيها ، والمستمع عليه أن يحملها على تلك المعانى .

فإن لم يقصد المتكلم بها معانيها بل تكلم بها غير قاصد لمعانيها أو قاصداً لغيرها أبطل الشارع عليه قصده[2] » .

ويقول فى موضع آخر أيضاً :

إن الصيغ « هى التى أثبتت الحكم وبها وجد[3] . »

٤٧٩ — وأخيرا نجد ابن القيم يضع معياراً للتقيد بقاعدة التعبير الصريح وهو عدم توافر قرينة مصاحبة تنبىء عن النية الخفية ، فهو يقول : « الألفاظ بالنسبة إلى مقاصد المتكلمين ونياتهم وإراداتهم لمعانيها ثلاثة أقسام :

---

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٥ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٣) المرجع السابق .

أحدها : أن تظهر مطابقة للفظ .

الثانى : ما يظهر بأن المتكلم لم يرد معناه ، وقد ينتهى هذا الظهور إلى حد اليقين بحيث لا يشك السامع فيه . وهذا القسم نوعان : أحدها : أن لا يكون مريداً لمقتضاه ولا لغيره كالمكره والنائم والمجنون ، ومن اشتد به الغضب والسكران . والثانى : أن يكون مريداً لمعنى يخالفه كالمعرض والمورى والملغز والمتأول .

الثالث : ما هو ظاهر فى معناه ويحتمل إرادة المتكلم له ، ويحتمل إرادته لغيره ولا دلالة على واحد من الأمرين ، واللفظ دال على المعنى الموضوع له ، وقد أتى به اختياراً وعند هذا يقال إذا ظهر قصد المتكلم لمعنى الكلام ، أو لم يظهر قصد يخالف كلامه ، وجب حمل كلامه على ظاهره . . . وهذا حق لا ينازع فيه عالم . . . فالواجب حمل كلام العاقد على ظاهره الذى هو ظاهره[1] » .

٤٨٠ — ويستفاد مما تقدم أن مبدأ سلطان الإرادة الذى أشارت إليه نصوص قوية فى المذهب الحنبلى لم يسد نظرية التعبير الصريح فى المذهب الحنبلى ، ولئن استطاع هذا المبدأ أن يحدو بهذا المذهب إلى تقرير بطلان العقود المشوبة بغلط فى التعبير والعقود الصورية ، فهو لم يقو على هدم نظرية التعبير الصريح التى تعطى الأفضلية للعنصر المادى فى التصرف فى هذا المذهب . وآية ذلك أننا وجدنا ابن القيم يصرح بأن الشارع يجعل العاقد بمنزلة القاصد إذا انفك التلازم بين إرادته الباطنة وإرادته الظاهرة ، يؤيد ذلك أيضاً قيام العقود المشوبة بعيوب الرضا فى المذهب الحنبلى ، واقتصار هذا المذهب فى تأييد الخلاف فيها بين التعبير والإرادة على منح من شيبت إرادته مجرد الخيار . وظاهر أن قيام العقود المعيبة فى هذا المذهب يعتبر حداً من انقياده لمبدأ سلطان الإرادة ، وهو حد مستمد من نظرية الإرادة الظاهرة ، قصد به حماية الثقة والاستقرار . ولعل تردد هذا المذهب فى تأييده لخلو العقود من الإكراه بين عدم اللزوم « وهو مؤيد مستمد من نظرية الإرادة الظاهرة » والبطلان « وهو مؤيد مستمد من نظرية الإرادة الباطنة » ليدل بوضوح على التفاعل القائم فيه بين مبدأى الاستقرار والعدالة فى حالات الخلاف بين المظهر والحقيقة .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٩٤ — ٩٥ .

§ ٢ — المذهب المالكى

٤٨١ — سبق أن أتاحت لنا دراستنا لطرق التعبير عن الإرادة التعرف على مدى إيمان المذهب المالكى بمبدأ الرضائية . وطبيعى أن نلمس فى الجزاءات التى يفرضها هذا المذهب لحالات الخلاف بين التعبير والإرادة صدى لذلك الإيمان . ونحن إذا ما استعرضنا هذه المؤيدات نجد تفاعلا ظاهراً بين مبدأ سلطان الإرادة ونظرية التعبير الصريح التى تقضى بالاعتداد بالإرادة الظاهرة . فبينما يتقيد هذا المذهب بمقتضيات مبدأ سلطان الإرادة فى تقريره لبطلان العقود الصورية ، والعقود المشوبة بالغلط فى التعبير ، نجده يجنح فى العقود المشوبة بالعيوب — بما فيها الإكراه — إلى فرض جزاء عدم اللزوم ، وهو فى فرضه جزاءً موحداً على جميع عيوب الإرادة يفترق عن المذاهب الأخرى التى فرضت على ما دون الإكراه جزاء عدم اللزوم ، ووقفت من عيب الإكراه موقفاً مغايراً متردداً بين الفساد كما لدى الأحناف ، أو البطلان كما لدى الشافعية ، أو البطلان وعدم اللزوم كما لدى الحنابلة[1]

٤٨٢ — على أننا يجب أن نعترف هنا بأن المذهب الحنبلى كان أكثر جرأة فى تقبل مبدأ سلطان الإرادة ، بدليل أنه تردد فى عيب الإكراه بين البطلان وعدم اللزوم ، وهذا التردد ينبئ ولا شك عن المكانة التى يحظى بها مبدأ سلطان الإرادة فى مجال الأحكام الوضعية فى هذا المذهب . أضف إلى ذلك أن اقتصاد المذهب المالكى فى تقبل الشروط العقدية ، وحماس المذهب الحنبلى لهذا التقبل ، لدليل واضح على أن المذهب المالكى لم يرق إلى مصاف المذهب الحنبلى فى إخلاصه لمبدأ سلطان الإرادة .

الفرع الثانى

النظرية العامه للخلاف بين التعبير والإرادة

٤٨٣ — ونتساءل الآن بعد أن أوردنا فيما سبق كافة التنظيمات التى تحدد حكم

---

(١) ولعل المذهب المالكى هو أقرب المذاهب إلى الفقه الغربى فى توحيد الجزاء الذى يرتبه على عيوب الإرادة . ففيها جميعاً يكون العقد غير لازم فيه خيار للغلط أو للتدليس أو للغبن أو للإكراه والعقد غير اللازم هنا هو الذى يقابل العقد القابل للابطال لعيب فى الإرادة فى الفقه الغربى (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٣١٠) .

الخلاف بين عنصري التصرف ، كيف يمكن تفسيرها في مجموعها ؟ أهناك فكرة واحدة توجه وتكمل تركيب هذا القسم الدقيق من الفقه الإسلامي ، وبعبارة أخرى أينحاز الفقه الإسلامي إلى نظرية الإرادة الباطنة أو إلى نظرية الإرادة الظاهرة ؟

لقد اختلف الباحثون في موقف الفقه الإسلامي من هاتين النظريتين ، فذهب فريق إلى أن الفقه الإسلامي موضوعي النزعة يعتد بالإرادة الظاهرة . وذهب فريق آخر إلى أنه ذاتي النزعة يعتد بالإرادة الباطنة .

٤٨٤ — **الرأي الأول** : لقد قال بالرأي الأول الأستاذ الدكتور السنهوري وأشار إليه في أكثر من موضع في كتابيه الوسيط ومصادر الحق :

جاء في الوسيط : « فالشريعة الإسلامية تأخذ بالإرادة الظاهرة إلى مدى بعيد ، ويظهر أن هذا هو الذي منع من تقدم نظرية السبب فيها مع أنها شريعة مشبعة بالروح الدينية . وإذا أمكن أن نستخلص من نصوص الفقه الإسلامي نظرية للسبب فهذه النظرية لا يمكن إلا أن تكون نظرية مادية[1] » .

وجاء أيضاً : « أما الشريعة الإسلامية فلو أن القاعدة فيها أن العبرة بالعقود بالمقاصد والمعاني لا بالألفاظ والمباني ، إلا أن الفقهاء في كثير من الفروض يقفون عند المعاني الظاهرة من الألفاظ التي استعملها المتعاقدان ، فلا يتعدونها إلى المعاني الكامنة في السريرة . ولعل هذا يفسر تحليلهم الدقيق لبعض العبارات والألفاظ ، ووقوفهم طويلا عند شرح ما تتضمنه هذه العبارات من المعاني وما يتتبعه اختلاف التعبير من اختلاف الأحكام ، فليس هذا منهم في رأينا استمساكا باللفظ ، بل هو تغليب للإرادة الظاهرة على الإرادة الباطنة ، هذا إلى أن هناك ثلاثاً جدهن جد وهزلهن جد أي أن الإرادة الظاهرة تتغلب فيها حتما على الإرادة الباطنة وهي الزواج والطلاق والعتاق[2] » .

وجاء أيضاً : « أخذ المشروع بالمذهب الجرماني مؤثراً الإرادة الظاهرة وليس شك في أن هذا المذهب أكفل بتحقيق الاستقرار في نطاق الروابط القانونية وأكثر

(١) الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧٠ .

(٢) المرجع السابق ، هامش ص ١٨٠ .

استجابة لمقتضيات الائتمان ، وهو يصادف فضلا عن ذلك سنداً قوياً فى الشريعة الإسلامية ، إذ هى تعتد بالإرادة الظاهرة اعتداداً بيناً ، متأثرة فى ذلك بنزعة مادية واضحة[1] »[2] .

وقد أكد الدكتور السنهورى ما سبق فى الجزء السادس من كتابه « مصادر الحق » فى صدد تفسير العقد حيث أشار إلى أن « العبرة فى تفسير العقد فى الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة لا بالإرادة الباطنة[3] » . وأن ثمة « قواعد فى الفقه الإسلامى توهم أن العبرة بالإرادة الباطنة[4] » . « ولكن الصحيح هو أن العبرة بالإرادة الظاهرة[5] » .

٤٨٥ — **الرأى الثانى** : قال بالرأى الثانى الدكتور صبحى المحمصانى فى كتابه فلسفة التشريع فى الإسلام والنظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية .

جاء فى فلسفة التشريع فى الإسلام : « نرى فى الكتب الفقهية وفى المجلة قواعد وضوابط تتعلق بتفسير الألفاظ ومعانى التصرفات الشرعية . وهى كما سنرى لا ترمى التمسك باللفظ كما زعم بعضهم ، بل ترمى التحرى عن معانى الأمور وعن مقاصدها الحقيقية[6] » .

وجاء فى النظرية العامة الموجبات والعقود : « نرى أن يترك الأمر إلى تقدير القاضى فى معرفة نية المتعاقدين فى جميع الأحوال على الإطلاق فيكون ذلك أقرب إلى روح الشريعة وحقيقتها (!!) . . . ويبقى الأصل فى الشريعة الإسلامية أن العقد مبناه القصد الحقيقى . ولقد صدق ابن قيم الجوزية فى تصوير ذلك حينما قال : « إن

---

(١) المرجع السابق ، هامش ص ١٧٣ .

(٢) راجع أيضاً الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٢٠٩ — ٢١٠ . وانظر أيضاً كتاب « الشافعى » للأستاذ محمد أبى زهرة حيث يؤكد أستاذنا النزعة الموضوعية لدى الأمام الشافعى رحمه الله .

(٣) مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ٢٩ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٣٢ .

(٥) المرجع السابق ، ص ٣٣ .

(٦) فلسفة التشريع فى الإسلام للدكتور صبحى المحمصانى ، ص ٢١٦ .

الاعتبار فى العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها . . .
وأن القصد روح العقد . . .

وبعد ، فأنت ترى أن هذا المبدأ هو هو (! !) ما أقرته القوانين المصرية ، وما نص عليه قانون الموجبات والعقود اللبنانى ، من أن على القاضى فى الأعمال القانونية أن يقف على نية الملتزم (إذا كان الإلتزام من جانب واحد) ، أو على قصد المتعاقدين جميعاً (إذا كان هناك تعاقد) لا أن يقف عند معنى النص الحرفى (المادة ٣٦٦)[١] » .

وجاء أيضاً : « والخلاصة التى نراها هى أن النظرية السببية الإسلامية نظرية معنوية ، مبنية على تحرى الإرادة والغرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن نظرية السبب الإسلامية « لا يمكن أن تكون إلا نظرية مادية » ولا بأن « الشريعة الإسلامية تعد من الشرائع التى تتغلب فيها النظرة المادية[٢] » .

٤٨٦ — ويؤكد العلامة ابن القيم — مدفوعاً بنزعة الذاتية المغايرة للنزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى — إيثاره للإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة ، ويعلن فى أكثر من موضع المبدأ الرئيسى فى نظريته ، وهو أن الإرادة فى ذاتها هى العنصر الوحيد الهام والفعال .

جاء فى كتابه إعلام الموقعين : « إن القصد روح العقد ، ومصححه ، ومبطله ، فاعتبار القصود فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ . فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها . فإذا ألغيت واعتبرت الألفاظ التى لا تراد لنفسها كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه[٣] » .

وجاء أيضاً : « ومن تدبر مصادر الشرع وموارده تبين له أن الشارع ألغى

---

(١) النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٣٠ — ٣١ قارن ما سيأتى ، مبحث التفسير فى الفقه الإسلامى ، ف ٥٨٠ وما بعدها .
(٢) المرجع السابق ، ص ٩٣ .
(٣) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٢ .

الألفاظ التي لم يقصد المتكلم بها معانيها . . فعلم أن الاعتبار فى العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها دون ظواهر ألفاظها وأفعالها[1] » .

وجاء أيضاً : « فالنية روح العمل ، ولبه ، وقوامه ، وهو تابع لها ، يصح بصحتها ويفسد بفسادها[2] » .

وجاء أيضاً : « إن صيغ العقود إخبارات عما فى النفس من المعانى التى هى أصل العقود ومبدأ الحقيقة التى بها يصير اللفظ كلاماً معتبراً[3] » .

وجاء أخيراً : « وباللفظ والمعنى جميعاً يتم الحكم ، فكل منهما جزء السبب ، وهما مجموعة . وإن كانت العبرة فى الحقيقة بالمعنى ، واللفظ دليل[4] » .

٤٨٧ — **موقفنا من هذين الرأيين** : لنا أن نتساءل هنا وبعد ما لمسناه من اتجاه واضح لدى ابن القيم إلى تقرير جوهرية الإرادة فى التصرفات ، أيمثل هذا الفقيه الكبير الفقه الإسلامى فى نزعته هذه ؟ وهل الرأى السائد فى الفقه الإسلامى يقر جوهرية الإرادة فى التصرف القانونى ، أم جوهرية التعبير ؟ وهل كان الدكتور المحمصانى على حق حينما استند إلى أقوال ابن القيم لتقرير جوهرية الإرادة فى التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى ؟

٤٨٨ — الواقع أن ثمة مسلمات أولية فى هذا الفقه تلقى بعض الشك على ماحاول ابن القيم أن يقرره :

أولا — ليس فى تعريف العقد فى الفقه الإسلامى ما يشير إلى أنه توافق إرادتين بل فيه ما يشير إلى أنه ارتباط بين تعبيرين[5] . وإذا كان هذا التعريف يسفر عن النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى فى دلالته على أن الرضا ينشأ من تقابل التعبيرين ، فلا مجال للقول بأن الإرادة هى جوهر التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى وأن النزعة السائدة فيه هى النزعة الذاتية .

---

(١) المرجع السابق ، ص ٨٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٩٨ .

(٣) المرجع السابق ، ص ١٠٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ١٠٦ .

(٥) انظر الباب التمهيدى من هذه الرسالة ، ص ١٢ . وراجع ماسبق ، ف ٤٦٨ ، ص ٤٤٧ .

ثانياً — سبق أن رأينا عند بحثنا لضرورة إظهار الإرادة[1] أن الإرادة لا يعتد بها شرعاً إلا إذا عبر عنها صراحة أو ضمناً .

وظاهر أن هذا المبدأ ينتمى إلى نظرية الإرادة الظاهرة وهو يعتبر نقطة البداية فى تنظيم دور التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى .

ثالثاً — رأينا عند بحثنا لطرق التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى المكانة المهمة التى يحتلها اللفظ بين أنداده من وسائل التعبير ، ورأينا بوضوح كيف وصل الحد بنفاة التعاطى إلى تقرير جوهرية اللفظ فى التصرف دون الرضا[2] .

وأخيراً وجدنا المسلمات الأصولية تقرر أن الحكم يدور مع المظنة ، وأنه لا عبرة المئنة[3] ولقد استقرأنا تطبيق هذا المبدأ فى نظرية التعبير الصريح فألفينا نصوصاً قاطعة على أن الحكم يتعلق بعين التعبير ، وسواء اتجهت إرادة صاحبه إلى إحداث الأثر الشرعى أم لم تتجه[4] .

وليس من شك البتة فى أن ما تقضى به نظرية التعبير الصريح هو نفسه ما تقضى به النظرية المادية فى التعبير ، فكلاهما يصدر من معين واحد : إنه الثقة بالعنصر المادى فى التعبير ، والارتياب بما وراءه من عنصر معنوى . وتبدو خطورة هذه الثقة إذا عرفنا أن مبدأ التعبير الصريح يعتبر نقطة انطلاق لتنظيم دور التعبير عن الإرادة فى الفقه الإسلامى .

وأخيراً عمدنا إلى استقراء تطبيقات نظرية التعبير الصريح فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة ، فوجدنا لها تطبيقات صادقة فى التصرفات غير القابلة للفسخ التى يستوى جدها وهزلها ، وفى التصرفات التى يخالطها تحفظ ذهنى والتى لا يؤبه فيها لاتجاه إرادة صاحب التعبير إلى غير محتملات لفظه . ورأينا أيضاً كيف أقام الفقه الحنفى العقد فى حالات الخلاف الأخرى على مجرد العنصر المادى مقتصراً على الحد الأدنى

---

(١) انظر الباب الأول ، ص ٣٧ و ما ب .
(٢) انظر الباب الثانى ، ف ٢٥٥ ، ص ٢٤٩ .
(٣) انظر الفصل الأول من الباب الثالث ، ف ٢٩٥ ، ص ٢٩٥ .
(٤) انظر الفصل الثانى من الباب الثالث ، ف ٣١١ ، ص ٣٠٩ .

من العنصر المعنوى فى إرادة التعبير ولا شك أن هذا الاقتصار يسفر عن ثانوية الرضا فى مجال التصرف (١)

٤٨٩ — **ملطفات الأخذ بالإرادة الظاهرة** : فليس ثمة من شك إذن فى انتساب الفقه الإسلامى إلى نظرية الإرادة الظاهرة . وإنما الشك يمكن أن يحوم حول دعوى انفرادها فى ساحة العمل ، ذلك لأن الفقه الإسلامى ، إذا كان يحرص على هذه النظرية سعياً وراء استقرار العلاقات الإرادية الذى يعتبر من سماته الخاصة ، فهو فى نفس الوقت ليس بزاهد فى الركون إلى مبدأ العدالة ، وما يقضى به من أخذ بالإرادة الباطنة سعياً وراء تحقيق التوازن بين المظهر والحقيقة فى مجال العلاقات الإرادية . وسنرى أن مبدأى الاستقرار والعدالة يسيران جنباً إلى جنب — وإن كانت الغلبة للأول — بحيث نستطيع أن نقول إن نظريتى الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة تمتزجان فى أحكام الفقه الإسلامى ، وتتعاونان بدل أن تستبعد إحداها الأخرى . وينتج من مزاجها عدد وفير من التنظيمات المعدة لحل مشكلة العلاقة بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية . وإليك فيما يلى هذه التنظيمات :

أولا : الاعتبار الديانى والاعتبار القضائى : إن أول تنظيم يمده الفقه الإسلامى لحل مشكلة العلاقة بين الإرادة المعلنة والإرادة الحقيقية هو تمييز جوهرى — يقول به باعتباره تشريعاً دينياً دون التشريعات الوضعية التى لا تقيم له أى وزن — إنه تمييز الأحكام إلى أحكام قضائية وأحكام ديانية ، وإن شئت قلت إعطاء الأثر الواحد اعتبارين، اعتباراً قضائياً واعتباراً دينياً ، ومؤدى الاعتبار القضائى أن ينظر إلى الصورة المادية للواقعة أو التصرف ، وما يترتب عليها من أثر فى الخارج ، وهى محل القضاء والإلزام ، بينما مؤدى الاعتبار الديانى النظر إلى الباعث على العمل والنية المقترنة به ، واعتبارها أساس المؤاخذة الخلقية ومناط العقاب والثواب من الله تعالى .

ولئن كان الاعتبار الأول — كما هو ظاهر من اسمه — هو مناط تعويل القضاء فإن الاعتبار الثانى هو مناط تعويل الافتاء . فإذا ما زل لسان مستفت بطلاق ، أفتاه المفتى بحل زوجته ، رغم صيرورتها أجنبية عنه فى نطاق القضاء .

---

(١) راجع نفى الكمال بن همام لركنية الرضا فى تعريفه البيع ماسبق ، ف٤٦٨، ص ٤٤٧ .

وهكذا يعمل الاعتبار الديانى عمله فى تلطيف نتائج الإمعان فى التعويل على العنصر المادى فى التصرف القانونى مسهماً فى حل مشكلة العلاقة بين الإرادة والتعبير فى الإطار الخلقى .

ثانيا: المظنة قرينة غير قاطعة : لقد رأينا سابقاً فى بحوث العلة أن اعتبار المظنة قرينة قاطعة لم يكن موضع إجماع الفقهاء بل لقد ذهب الجمهور إلى أن هذه القرينة غير قاطعة .

ثالثا: نظرية التعبير الكنائى : إن نظرية التعبير الكنائى وما تستتبعه من اعتداد بالإرادة الباطنة فى الفقه الإسلامى تعتبر منفذاً هاماً تتسرب منه مقتضيات العدالة إلى النظرية العامة فى هذا الفقه التى تقضى بالتعويل على العنصر المادى فى التصرف .

رابعا: الشروط المطلوبة : إن القيود التى يحيط بها الفقهاء التعبير الصريح — من اعتراف العرف به ، واستعماله فى معنى وحيد منحصر ، وتبادر معناه إلى الذهن بمجرد سماعه ، وعدم مصاحبته لقرينة تصرفه عن معناه — تكفل بدورها عامل العدالة بالنسبة لمن صدر منه التعبير ، ذلك لأن المشرع — بعدما ضمن افتراض مطابقة التعبير للارادة بواسطة هذه القيود — ليس يعتبر متحكماً إذا ناط الحكم بتعبيره .

خامسا: التفرقة بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : ليست تعنى النظرية المادية فى التعبير فى الفقه الإسلامى إهمالا تاماً للعنصر المعنوى بل هى — شأنها فى ذلك شأن النظرية المادية فى التعبير فى الفقه الغربى[1] — تعتد بالتفرقة الشهيرة بين إرادة التعبير (الاختيار) وإرادة الأثر (الرضا) ، وتعول على الأولى دون الثانية . وهذا ما دعا الفقه الإسلامى إلى إبطال التصرفات الصادرة من عديمى الأهلية والنائم والمغمى عليه والسكران والتعبيرات الحكائية . ويقدم هذا الإبطال دليلا جديداً على إبعاد شبهة التحكم عن المشرع ، وعدم تردده فى اعتبار العنصر النفسى فى حدود معينة .

سادسا: تنويع الجزاء : وأخيراً إن أهم تنظيم فقهى قاطع فى عدم استبعاد الإرادة الباطنة وعامل على تحقيق التعاون بين الاستقرار والعدالة هو عدم اطراد تصحيح

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ — ٢٨٣ .

التصرفات التي تنفصم فيها الإرادة المعلنة عن الإرادة الحقيقية كما يقضى بذلك منطق نظرية التعبير . ولقد رأينا ان المذاهب الفقهية قد لجأت فعلا إلى معالجة حالات الخلاف كلا على حدة ووضعت لكل منها شروطه الخاصة وجزاءه المناسب ، ولم تفرض على هذه الحالات جميعاً حلا اعتباطياً موحداً . وإننا لنجد فى التزام هذه المذاهب جانب المرونة فى تنويعها لهذه الحلول — مخففة فى ذلك مساوىء الصلابة التي يفضى إليها منطق نظرية التعبير — دليلا صادقاً على رغبة الفقه الإسلامى فى تحقيق الموازنة بين عامل الاستقرار والعدالة . على أن تفاعل هذين العاملين ليس على درجة واحدة فى المذاهب الإسلامية . بل هو يختلف قوة وضعفاً حسب العوامل البارزة التي تتدخل فى هذا التفاعل لدى المذاهب المختلفة[1] .

والخلاصة : إن دراستنا للأحكام الوضعية فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة قد انتهت بنا إلى أن الفقه الإسلامى لاينحاز إلى إحدى النظريتين المعروفتين انحيازاً مطلقاً ، وإنما هو ينحاز إلى جانب نظرية الإرادة الظاهرة ، ويأخذ من نظرية الإرادة الباطنة بقدر . إن القدر الذى يأخذ به الفقه الإسلامى من أحكام نظرية الإرادة الباطنة — ملطفاً به حدة الأخذ بنظرية الإرادة الظاهرة — يختلف من مذهب إلى آخر ، ومرد هذا الاختلاف يرجع إلى عوامل متعددة أهمها اختلاف هذه المذاهب فى نظرتها إلى تمييز جوهرى سائد فى الفقه الإسلامى ، هو التمييز بين إرادة التعبير وإرادة الأثر .

ولقد رأينا أن هذا التلطيف يشتد نصيبه فى المذهبين المالكى والحنبلى اللذين يمدان بأيديهما إلى النزعة الذاتية لمدى واسع . ويقل فى المذهبين الشافعى والحنفى — ولا سيما فى الأول منهما — اللذين يلتزمان جانب الحيطة فى هذا التلطيف . ونشرع فيما يلى بدراسة نظرية السبب عساها تلقى نوراً جديداً يؤيد وجود تيار ذاتى يشق طريقه فى التنظيم العملى للمذهبين الحنبلى والمالكى .

---

(١) راجع هذه العوامل فيما سبق ، ف ٤٦٢ وما ب ، ص ٤٤٣ وما ب .



الباب الرابع

نظرية السبب في الفقه الإسلامى

٤٩٠ — تعرفنا فيما سبق على الجوانب المختلفة للإرادة التصرفية . وعرفنا منها إرادة التعبير وإرادة الأثر ، وإرادة الإعلام . ونتساءل هنا — استكمالا لدراسة كافة العناصر المعنوية فى التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى — عما إذا كان هذا الفقه يحفل بالبواعث والدوافع التى تدفع الإرادة التصرفية إلى العمل . وإذا كان يحفل بها ، ما هى شرائطه ؟ أيشترط بروزها فى صلب التعبير أسوة بالتشريعات ذات النزعة الموضوعية ؟ أم أنه يزهد بهذا الاشتراط على غرار التشريعات ذات النزعة الذاتية ؟

وفيما عدا ذلك ، فإنه يتعين علينا أن نتساءل عن موقف الفقه الإسلامى من نظرية السبب القصدى الذى انفرد الفقه اللاتينى بالاعتداد به . هل أقره أم أهمله ؟ وإذا كان مصيره الأهمال فما هى الوسائل التى يقدمها لكى تحل محله ؟ .

للإجابة عن هذه المسألة وتلك يتعين علينا أن نلم إلمامة سريعة بالحلول التى يقدمها الفقه الغربى — بشطريه اللاتينى والجرمانى — لعلاجها ، ذلك لأن نظرية السبب فى الفقه الإسلامى قد شاركت نظرية السبب فى هذين الفقهين فى بعض خصائصها .

الفصل الأول

نظرية السبب فى الفقه الغربى

٤٩١ — نتكلم فى نظرية السبب فى الفقه الغربى فى مظاهرها الثلاثة الآتية :
(١) نظرية السبب فى الفقه اللاتينى الحديث . (٢) النظرية الإيطالية فى السبب .
(٣) نظرية السبب فى القانون المدنى الألمانى .

المبحث الأول

نظرية السبب فى الفقه اللاتينى الحديث

كلمة تمهيدية

٤٩٢ — تستعمل كلمة السبب فى الفقه اللاتينى للدلالة على معان ثلاثة :

(١) السبب المنشىء : ويقصد به المصدر المولد للالتزام ، أى الواقعة القانونية التى أنشأت الالتزام كالعقد ، والفعل الضار . وهذا المعنى هو المقصود فى قولنا « الإثراء بلا سبب » وهو المراد من كلمة السبب فى اصطلاح الفقه الإسلامى .

(٢) السبب القصدى : وهو الغرض المباشر الذى يرمى إليه العاقد من وراء التزامه . ففى عقد البيع يكون السبب القصدى لالتزام البائع ، هو الحصول على التزام المشترى بالثمن ، وكذلك سبب التزام المشترى ، الحصول على التزام البائع بنقل الملكية . وهذا الغرض المباشر لكل من البائع والمشترى يتكرر فى كل بيع ، وهو لايختلف من بائع إلى آخر ، ولامن مشتر إلى آخر ، ويوجد فىداخل العقد لاخارجه . فلا يصح البحث عنه فى الدوافع النفسية الحاملة على التعاقد .

(٣) السبب الدافع : وهو الباعث الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد .

ففى عقد البيع ، يكون الباعث للبائع على البيع ، الحصول على الثمن ، ليسدد به ديناً ، أو ليشترى به منزلا أو ليفتح متجراً ، أو لينفقه فى العلاج ، أو السياحة أو التعلم . ويكون الباعث للمشترى على التعاقد الحصول على الدار للسكن ، أو للتأجير ، أو لاستعماله متجراً ، أو نادياً ، أو داراً للقمار .

ويلاحظ أن الباعث ، يختلف من بائع إلى آخر ، ومن مشتر إلى آخر ، وهو لا يقع فى نطاق العقد ، بل يقوم فى نفس المتعاقد .

والسبب على المعنى الثانى تقتضيه ضرورة فنية لذلك يمكن أن نسميه « السبب

الفنى » أما السبب على المعنى الثانى ، فتقتضيه ضرورة حماية مصلحة المجتمع ، لذلك يمكن أن نسميه « السبب المصلحى[1] » .

الفرع الأول

السبب الفنى

٤٩٣ — **السبب والإرادة :** السبب هو ركن فى إرادة الإلتزام . وركنيته فى هذه الإرادة تفسر تلازمه معها ، فحيث توجد الإرادة يوجد السبب ، وإذا وجدت إرادة بلا سبب ، كإرادة المجنون وإرادة عديم التمييز . كانت هذه الإرادة خارجة عن المعنى القانونى ، ذلك لأن الإرادة المعتبرة قانوناً لابد لها من سبب . هذا ولم نقل أن السبب ركن فى الالتزام ، لأن الالتزام قد يفرضه القانون ، لا الإرادة . ولم نقل أيضاً ، إن السبب ركن فى العقد ، لأن ضرورة توافره تمتد إلى التصرف القانونى الصادر من جانب واحد .

٤٩٤ — **السبب والشكل :** إذا كان السبب والإرادة عنصرين متلازمين لا ينفك أحدهما عن الآخر . فالسبب والشكل عنصران متعارضان . فالسبب حيث يرى الشكل لايحل مكانه ، ففى ظل القانون الرومانى ، حيث كانت السيادة للشكل فى إنشاء العقد ، لم يكن للسبب من أثر . ولما ضعف حظ الشكل إبان ظهور مبدأ الرضائية ، بدأ السبب يظهر بظهور الإرادة ، ليكون قيداً لها بدلا من الشكل . وفى العصر الحديث ، حيث تكاد الشكلية تنعدم ، نرى نظرية السبب يانعة مزدهرة .

ويشترك السبب والإرادة ، فى أن كلا منهما قيد على الإرادة . ويرجع هذا التقييد إلى أن الإرادة القانونية قوة تحرك الآثار القانونية . فكما أن القوة المحركة فى عالم الفيزياء تحتاج إلى دولاب معدل يقيد جموحها ، فكذلك الإرادة القانونية تفتقر إلى قيد ؛ وهذا القيد إما أن يكون « الشكل » وهو قيد تحكمى قد يصل إلى حد إلغاء الإرادة ، وإما أن يكون « السبب » وهو مجرد قيد نفسى .

---

(١) راجع النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ف ١٣١ ، ص ١٠٢ .

٤٩٥ — **السبب والرضا** : الرضا عنصر فورى . لا يطلب إلا وقت نشوء الالتزام . وهو مجموع الإرادات . وهو لا يحتفل به إلا عند انعقاد العقد . ولا يؤبه لتغيره بعد هذا الانعقاد . أما السبب ، فهو عنصر مستمر ، يجب أن يوجد ليس فقط وقت انعقاد العقد ، بل يجب أن يوجد من مهد الإلتزام إلى انقضائه . وخاصة الاستمرار هذه فى السبب هى التى أتاحت إقامة نظام الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة .

٤٩٦ — **السبب الفنى فى طوائف العقود المختلفة** : يكون السبب الفنى فى النظرية التقليدية على الشكل الآتى :

فى العقود الملزمة للجانبين ، سبب التزام كل من العاقدين هو التزام المتعاقد الآخر .

وفى العقود الملزمة لجانب واحد ، نفرق بين العقود العينية والعقود الرضائية .

ففى الأولى ، كالقرض والعارية ، سبب التزام المقترض أو المستعير هو تسلم مبلغ القرض أو العارية .

وفى الثانية ، كالوعد بالبيع ، سبب التزام الواعد هو إتمام العقد الموعود به .

وفى عقود التبرع ، سبب التزام المتبرع هو نية التبرع .

٤٩٧ — والشرط الوحيد المطلوب فى السبب الفنى هو أن يكون موجوداً[1] ؛

---

(١) حجازى ، ف ١٣٥ ، ص ١٠٥ . فالسبب الذى هو أقرب الدوافع إلى الملتزم والذى لا يختلف من شخص إلى آخر فى النوع الواحد من الالتزام ، لايشترط فيه إلا أن يكون موجوداً . فلا يشترط فيه أن يكون مشروعا ، فهو لا يتصور أن يكون غير مشروع . ويقول (ف ١٦٤ ، ص ١٣٦) : « إن السبب الفنى لا يمكن استخدامه لتحقيق المصلحة الاجتماعية التى تقتضى بحث الدوافع الذاتية إذ أنه بطبيعته فكرة موضوعية لاصلة لها مطلقا بالدوافع الذاتية عند المتعاقدين » . ويؤكد هذا المعنى أيضاً ف ١٤٧ ، ص ١٢٠ إذ يقول : « إن السبب باعتباره عنصراً فنيا لايتصور أن يكون غير مشروع » . وإذن فشرط المشروعية لا بد أن يكون متعلقا بالسبب باعتباره عنصراً مصلحياً لا باعتباره عنصراً فنياً » . أنظر أيضاً الدكتور سليمان مرقس ، نظرية العقد ، ف ١٦٤ ، ص ٢١١ إذ يقول : « وأما فيما يتعلق بمشروعية السبب فإن المشرع ، لايقف عند حد السبب التقليدى ، لأن الأخير لا يتصور فيه عدم المشروعية » .

ويرى الدكتور أبو عافية ، أنه من الممكن تصور عدم مشروعية السبب فى فرض واحد . يقول =

فإذا لم يوجد لالتزام أحد العاقدين سبب ، كان العقد باطلا . فإذا تعاقدت مع أحد الأشرار على أن أدفع له مبلغ ١٠٠٠ ل . س ، لقاء التزامه بعدم خطف ولدى ، كان تعهدى باطلا ، لانعدام سببه ؛ لأن الملتزم هو ملزم بحكم القانون أن يمتنع عن خطف ولدى ، وإذا كان قد خطفه ، فهو ملزم بحكم القانون أن يرده إلى وهو بالتزامه إلى بعدم خطف ولدى لم يضف إلى التزاماته القانونيه التزاماً جديداً فى مقابل المبلغ الذى تعهدت له به ، فيكون تعهدى دون سبب ويقع باطلا .

المطلب الأول

دور السبب الفنى فى تكوين العقد

٤٩٨ — إن السبب الفنى يتيح لنا إبطال عقود فى حالات لا يمكن فيها إبطالها للمحل وحده . فلو أننا اكتفينا بركن المحل ، كما يقول خصوم السبب ، لوجب أن يستقل كل التزام عن الآخر فى العقود الملزم للجانبين . وتكون نتيجة هذا الاستقلال أن يبطل الالتزام ذو المحل المستحيل ، أو غير المشروع دون الآخر .

(ا) فلو تعاقد شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً من المال لقاء تشهيره بشخص معين ، يكون الالتزام الأول بدفع مبلغ من المال صحيحاً لمشروعية محله . أما الالتزام الآخر بالتشهير فهو وحده يبطل لعدم مشروعية محله .

(ب) ولو تعاقد شخص مع آخر على أن يدفع له مبلغاً من المال لقاء التزامه بنقله

= فى كتابه التصرف المجرد (ف ٢٦ ، ص ١٠٤) : « فالنظرية التقليدية معناها أن القضاء لا يملك محاربة عدم المشروعية لحماية المصالح الاجتماعية الأساسية إلا فى الحدود الضيقة الجامدة المرسومة للسبب ؟ فيستحيل عندئذ إبطال التبرعات والعقود العينية جميعاً لعدم مشروعية السبب ، لأن نية التبرع فى ذاتها ، أو تسلم الشىء فى ذاته ، لا يمكن أن يكون غير مشروع . وكذلك لا سبيل إلى إبطال العقود التبادلية ، لعدم مشروعية السبب ، إلا فى فرض واحد ، هو أن يكون محل أحد الالتزامين غير مشروع ، فيبطل الالتزام المقابل لعدم مشروعية السبب .

ونحن نذهب مع القائلين بأن السبب الفنى لا تتصور فيه عدم المشروعية ، حتى فى الحدود الضيقة التى حددها الدكتور أبو عافية ذلك لأنه عندما يكون محل أحد الالتزامين غير مشروع ، فإن هذا الالتزام يبطل ، وبطلانه يؤدى إلى انعدامه ، ومعنى هذا أن الالتزام المقابل الآخر قد أضحى بدون سبب ، فيبطل لا لعدم مشروعية سببه ، بل لانعدام سببه .

من دمشق إلى القاهرة فى دقيقة واحدة ، يكون الالتزام الأول بدفع مبلغ من المـال صحيحاً لمشروعية محله . أماالالتزام الآخر بالنقل ، فهو وحده يبطل ، لاستحالة محله .

يبين من المثالين السابقين أننا إذا سرنا مع منطق خصوم السبب واقتصرنا على اشتراط المحل لاستقل كل التزام عن الآخر . ولبطل الالتزام ذو المحل المستحيل أو غير المشروع دون الآخر . أما إذا اشترطنا السبب ركنا مقوماً فى العقد ، فعندها يتسنى لنا إبطال هذه الالتزامات الصحيحة لارتباطها بالتزامات أخرى ، محلها مستحيل أو غير مشروع وفى هذه الناحية يبرز الدور الهام الذى يقوم به السبب الفنى فى تـكوين العقد .

المطلب الثانى

دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد

٤٩٩ — إن دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد يفوق فى أهميته دوره فى تـكوين العقد . فى العقود الملزمة للجانبين وهى المجال الحقيقى لنظرية السبب ، إذا اعتبرنا سبب التزام كل طرف ، لا مجرد وجود الالتزام المقابل ، بل تنفيذه حسب التعديل الذى أوجده كابيتان : فإن فائدة السبب تبدو واضحة إذ يسفر لنا عن سر ارتباط مصير كل من الالتزامين المتقابلين بمصير الآخر ، وفى الوقت نفسه ، يقدم لنا الأساس القانونى لثلاثة من أهم الأوضاع القانونية وهى الامتناع المشروع عن الوفاء ، والفسخ وتحمل التبعة .

(١) فإذا لم ينفذ أحد المتعاقدين التزامه ، وطالب الآخر بالتنفيذ ، فلهذا الأخير أن يمتنع عن تنفيذ التزامه ، وهذا ما يعرف بالدفع بعدم التنفيذ أو الامتناع المشروع عن الوفاء ، ومرده إلى السبب .

(٢) وإذا لم يقم المدين بالتزامه ، جاز للدائن أن يطلب فسخ العقد ، لعدم تحقق سبب الالتزام . فنظرية الفسخ إنما تستند إلى فـكرة السبب .

(٣) وإذا استحال تنفيذ أحد الالتزامين المتقابلين بقوة قاهرة ، فامتنع تحقيق سببه الالتزام الآخر ، فإن هذا الالتزام يسقط ، ويتحمل الأول تبعة الاستحالة . وهذه هى نظريه تحمل التبعة فى العقود الملزمة للجانبين ، ومرجعها إلى السبب .

الفرع الثانى

السبب المصلحى

٥٠٠ — لئن كانت النظرية التقليدية تتطلب السبب الفنى لسلامة العقد من الناحية الفنية ، نشوءاً وتنفيذاً . فإن الفقهاء الكنسيين قديماً ، والاجتهاد القضائى حديثاً ، قد تطلبا توافر السبب المصلحى — وهو مشروعية الباعث الدافع إلى التعاقد — لسلامة العقد من الناحية الأدبية والإجتماعية . إن هذين السببين ضروريان ومتكاملان وليس من سبيل للاستغناء بأحدهما عن الآخر[1] .

ذلك لأن العقد إلى جانب كونه أداة فنية يقصد بها الوصول إلى أغراض عملية معينة ، فهو كائن اجتماعى يلد ويحيى فى المجتمع ، فلا مناص إذن من مراعاته أهداف المجتمع ومصالحه فإذا ما كان الباعث البعيد الذى حدا بالمتعاقد إلى القيام به غير مشروع وقف المشرع فى وجهه ، ليدرء الخطر الذى يحمله إلى المجتمع . وليس لأطراف العقد أن

(١) ونحن لا نوافق المذكرة الايضاحية ، ولما يذهب إليه أستاذنا الدكتور السنهورى من أن المشرع السورى قد اقتصر على الثانى منهما للأسباب الآتية :

١) إن السبب الفنى ، يقدم لنا الأساس القانونى لثلاثة من الأوضاع القانونية ، وهى الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة . وهذه الأوضاع لا يمكن تأسيسها على السبب المصلحى .

٢) إن السبب الفنى ، هو المقصود فى المادة ٢٠٣ التى تذهب إلى أن « الالتزام الطبيعى يصلح سبباً لالتزام مدنى » .

٣) وأخيراً إن اعتداد المشرع السورى بالتصرفات المجردة على سبيل الاستثناء لدليل على أن الأصل فى الالتزامات فيه أن تكون مسببة .

٤) إن نص المادة ١٣٧ : « إذا لم يكن للالتزام سبب . . . كان العقد باطلا » يدل على أن المشرع تصور إمكان اتجاه الإرادة نحو إلزام صاحبها دون أن يكون لذلك سبب وهذه الصورة لا يمكن أن تتحقق ، إذا كان المقصود بالسبب الباعث الدافع ، لأن ما من إرادة إلا ولها باعث يحركها ، إلا إذا كانت إرادة صادرة من عديم الأهلية ، وهذه لا يعتد بها القانون . فالمقصود بالسبب فى هذه المادة إذن ، هو السبب الفنى ، لأنه من الممكن تصور تخلفه . راجع أيضاً أبا ستيت س ٢٣٤ ؛ مرقس ، ص ٢١١ ؛ حجازى ص ، ١٦٠ .

يحتجوا بصحة الكيان الفنى للعقد ، ذلك أن هذا الكيان يجب أن يوزن الباعث عليه بميزان المصلحة الاجتماعية، فإذا كان هذا الباعث يتفق وأهداف المجتمع ، أقر الشارع وجودالعقد ، وإذا كان يناهض هذه الأهداف ، وقف الشارع فى وجهه وأبطله جزاءاً وفاقا . وفى هذا يقول دوغى Duguit إنه لضرب من الخيال أن يراد إنشاء قانون مدنى موضوعى لا نحفل فيه البتة بنوايا المتعاقدين » فليس يشفع إذن لمرض التصرف من الناحية الاجتماعية صحته من الناحية الفنية بل إن ذلك المرض المصلحى لمود بهذه الصحة الفنية لامحالة ، ولا تصال هذا الباعث الدافع إلى التعاقدبمصلحة المجتمع وأهدافه أسميناه « سبباً مصلحياً »[1] .

٥٠١ — ويشترط لإعمال السبب المصلحى شرطان :

(١) أن يكون ثمة غرض غير مشروع .

(٢) أن يكون الطرف الآخر على علم بهذا الغرض[2] ويجرى إعمال هذا السبب بصورة احتياطية ذلك أن الأصل فى السبب الفنى أن يحجب البواعث النفسية الكامنة وراءه ، ولا يتسنى لباعث من هذه البواعث أن يخترق هذا الحجاب الذى يسدله السبب الفنى عليها ، إلا إذا حقق شروطاً ثلاثة بأن كان باعثاً رئيسياً ، وغير مشروع ومعلوما من المتعاقد الآخر فى عقد ملزم للجانبين ، « فحينئذ يبرز هذا الباعث ، وتزكم

---

(١) ويلاحظ أن تدخل المصلحة والمقتضيات الفنية فى عنصر السبب شأنه كشأن تدخله فى عنصر المحل . فكما أن المحل ركن فنى فى الالتزام ، والمشروعية شرط فيه ، فكذلك السبب . ولكن مع هذا الفارق هو أن المحل الفنى والمحل المصلحى متحدان ، بينا نجد ثمة شيئاً من التمايز بين السبب باعتباره عنصرا فنياً والسبب باعتباره عنصراً مصلحياً .

(٢) يرى الأستاذ الدكتور عبدالحى حجازى ف ١٧٣ ، ص ١٤٢ /١٤٣ : أن هذا الشرط لا يعمل إلا فى عقود المعاوضة . إذ يجب فى هذه العقود أن يكون الباعث غير المشروع مشتركا عند المتعاقدين . أما فى عقود التبرع ، فلا يلزم شىء من ذلك عند الموهوب له ، بل يبطل العقد ولو لم يكن الموهوب له عالماً بالباعث غير المشروع الذى دفع الواهب إلى التبرع ، فضلا عن أن يكون مشتركا فيه ؛ ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون فى الرعاية دون من يتلقى الشىء بمقابل . هذه التفرقة بين عقود المعاوضة وعقود التبرع تفرقة سائغة ، لما أن الذى يبررها هو الحرص على استقرار العقود . واستقرار العقود فى المعاوضات أولى منه فى التبرعات . فعقود المعاوضات هى القاعدة ، أما عقود التبرع فاستثناء ، يعامله القانون معاملة المتشكك المستريب . قارن الدكتور حشمت أبا ستيت ف ٢٣١ ، ص ٢٢٦ ؛ والوسيط، حـ ١ ، ف ٢٨٣ ، ص ٤٥٩.

رائحته الأنوف ، ويهتك الستار الذى كان يعزلة عن السبب القصدى ، ويهم بدلك فى نطاق العقد ، فيؤثر فيه بالبطلان [1] »

فلو أستأجر شخص منزلا لإنشاء معمل لتزييف النقود يكون هذا العقد سليما من الناحية الفنية ، باطلا من الناحية المصلحية . أما سبب صحته من الوجهة الفنية ، فلأن المقتضيات الفنية لا تسأل إلا عن وجود الانتفاع ، والأجرة وهذه عناصر موضوعية مجردة . وهى عاجزة عن إبطال العقد لعدم مشروعية غايته . والوسيله التى تتيح لنا هذا الإبطال وحماية مشروعية الغاية هى السبب المصلحى ، الذى يتيح للقاضى أن ينقب فى بواعث المتعاقدين ونواياهم ، فإذا ما استشف باعثا دافعاً رئيسياً ، غير مشروع ، ومعلوماً من الطرف الآخر ، أبطل هذا العقد جزاءاً وفاقاً .

٥٠٢ — ننتهى مما تقدم إلى أن أحدث الأنظار فى الفقه اللاتينى يشترط فى الإرادة التعاقدية شرطين :

(١) إن يكون لهـا سبب .

أنْ يكون هذا السبب مشروعا . ورأينا أن السبب فى الشرط الأول ، يحمل على السبب بالمعنى الفنى . بينا يحمل السبب فى الشرط الثانى على السبب بالمعنى المصلحى ورأينا أيضاً أن السبب الفنى هو عنصر تـكوين وتنفيذ وأن السبب المصلحى هو عنصر تـكوين فقط ، وأنه لا بد لإعماله من علم الطرف الآخر به فى العقود الملزمة للجانبين .

المبحث الثانى

النظرية الإيطالية فى السبب

٥٠٣ — تذهب هذه النظرية ، إلى أن السبب هو « وظيفة التصرف القانونى نفسه » ، وقد قال بها شيالوبا الإيطالى [2] وعنى بها بعده الفقهاء الإيطاليون عناية كبيرة ، حتى كاد المذهب الشخصى للسبب يختفى من إيطاليا .

(*) راجع التصرف المجرد للدكتور محمود أبى عافية ، ف ٣٥ و ما ب ، ص ١٣٤ و ما ب

(١) نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٦٤ ، ص ٢١١ .

(٢) شيالويا ، التصرفات القانونية ، دروس القيت عام ١٨٩٢ — ١٨٩٣ . انظر الخطوات التى مرت بها هذه النظرية فى . ج . ديانا ، مقال بعض الإيضاحات عن السبب .

٥٠٤ — **وظيفة السبب** : والسبب فى مفهوم هذه النظرية الجديدة ، يمتاز بأنه منفصل عن الإرادة الخاصة ، ومتصل بإرادة القانون ؛ ومهمته فى النظام التعاقدى ، هى كـكل العناصر الجوهرية ، تحديد نوع العقد ، فوظيفته إذن محددة من حيث أنها تمثل وظيفة التصرف القانونى أو الغرض منه[1] » .

٥٠٥ — **تمييز السبب عن الباعث** : وهذا السبب من جهة أخرى — منظوراً على أنه وظيفة التصرف القانونى — يفترق عن البواعث النفسية التى تحرك إرادة منشىء التصرف ولا يختلط بها ، ذلك « لأننا إذا وقفنا اهتمامنا على هذه الناحية المادية من التصرف ، أعنى على السبب بهذا المعنى ، فلا يمكن أن يختلط السبب بالبواعث الدافعة ، فتلك اعتبارات ذهنية داخلية لا تتصور قطعاً على هذا الشـكل المادى الخارجى الذى يأخذه السبب ، منظوراً إليه باعتباره وظيفة التصرف[2] » .

٥٠٦ — **وظيفة التصرف القانونى** : وما دامت وظيفة التصرف هى السبب فى مفهوم هذه النظرية الجديدة ، فيجب علينا أن نعرف ما هيتها ؟ يجيب عن ذلك دى روجيرو بقوله : « الواقع أن كل تصرف فى ذاته وبذاته ، أعنى منظوراً إليه نظرة مادية له غرض اقتصادى قانونى ، يسوغ وجوده ، وينفصل عن البواعث الخاصة الفردية للشخص . فالسبب هو الغرض الاقتصادى القانونى ، الذى يعترف به القانون ويحميه ، هو الوظيفة التى يرمى إليها التصرف ، منظوراً إليه نظرة مادية[3] » . ومعنى ذلك ، أنه فى هذا المذهب ينظر الى التصرف ، منفصلا عن الشخص الذى يبرمه ، ويتخذ من الوظيفة القانونية لهذا التصرف سبباً له . ويضرب فرارا Ferrara لإيضاح هذه الفـكرة مثالين : أحدهما عن البيع ، والآخر عن الهبة : « السبب فى البيع يكون هو تبادل الشىء بالثمن ، أى تبادل المتعاقدين للمنافع الاقتصادية القانونية

---

(١) مالفاجينا سيمون ، مقال مسألة السبب ، ف . ٣ . شيالويا ، المرجع السابق ، ص ١٦١ وما ب .

(٢) شيالويا ، المرجع السابق .

(٣) دى روجيرو ، نظم القانون المدنى ، الطبعة السادسة ١٩٣٢ ج ١ ، ف ٢١ ، ل . فرارا ، ج ١ ، ف ١٩١ . Istituzioni di diritto Privato, Torino, 1939

المتقابلة ، وفى هذا التبادل يتركز التصرف ، بجوهره الضرورى الكافى ، بصرف النظر عن جميع الأغراض الداخلية المحتملة والمتغيرة ، التى تدفع الطرفين إلى هذا التبادل المادى . والسبب فى الهبة هو النية القاطعة فى التخلى عن مال خاص بلا مقابل ، بقصد التبرع للموهوب له ، دون نظر إلى الباعث الداخلى الذى أوحى بهذا التخلى المالى المجانى[1] » .

٥٠٧ — **وجوه الشبه والخلاف بين النظريتين الإيطالية والفرنسية :** إن وجوه الشبه بين النظريتين تنحصر فى أمرين :

أولا : إن كلا من النظريتين ، يحتفظ بالتفرقة بين السبب والباعث .

ثانياً : إن السبب فى كل من النظريتين عنصر ثابت لا يتغير فى النوع الواحد من التصرفات القانونية .

أما وجوه الخلاف ، فتنحصر فى أمر واحد ، وهو أن السبب والباعث فى النظرية الفرنسية ، عنصران من طبيعة واحدة ، كلاهما عنصر نفسى داخل فى تركيب الإرادة الخاصة .

أما السبب فى النظرية الإيطالية فيختلف فى طبيعته عن الباعث ، فالسبب هو الوظيفة القانونية للتصرف نفسه معتبراً بذاته ، دون نظر إلى الإرادة التى أنشأته .

ويوضح الدكتور محمود أبو عافيه فى كتابه التصرف المجرد هذا الفارق ، فيقول :

« وعلى ذلك يتلخص الفرق الأساسى بين النظريتين فى أن النظرية الإيطالية تستبعد العلاقة بين السبب والإرادة الخاصة ، بينما النظرية التقليدية الفرنسية تحتفظ بها على الأقل مبدئياً .

وقد تطور هذا الفرق فى اتجاه زيد التباعد بين النظريتين ، فقد رأينا أن تطور الفكرة الشخصية عن السبب فى فرنسا انتهى إلى الخلط بين السبب والباعث ، أى إلى إحكام الصلة بين السبب والإرادة الخاصة ، إذ أصبحت هذه هى المرجع الوحيد فى تحديد السبب ، بينما انتهى تطور الفكرة المادية عن السبب فى إيطاليا إلى فصل

---

(١) ل. فرارا ، المرجع السابق .

السبب عن الإرادة الخاصة وربطه تدريجياً بإرادة القانون . فالسبب هو الوظيفة القانونية للتصرف ، ويترتب على ذلك أن يكون « السبب بالمعنى الفني هو المبرر لقوة التصرف القانوني الإلزامية ، أعني أن الذي يبرر حماية القانون للتصرف والالتزامات الناشئة عنه[1] » . هذا الوصف الجديد لفكرة السبب ، أي اعتباره المبرر للحماية القانونية ؛ هو ماجد الفقه الإيطالي بلا انقطاع في تأكيده ، بجهوده المتتالية[2] . ففرارا مثلا ينتهي إلى أن السبب هو الأساس القانوني للالتزام . وهو السبب المادي للحماية القانونية أو لقوة التصرف الإلزامية . فالسبب لا يبحث عنه في سلسلة النيات التي يراد تحقيقها في المحيط النفسي للشخص ، بل هو عنصر مادي خارجي ، يصحح الوعد ويبرره ، ويخلع على إعلان الإرادة أثره[3] » . ويلاحظ سيمون أنه بعد ذلك يصبح من الهين الانتقال إلى ما يؤكده بونفانتي من أن « السبب يعبر دائماً عن إرادة القانون بالتعارض مع إرادة الطرفين[4] » . [5] » .

٥٠٨ — *تقدير هذه النظرية* : يتضح مما تقدم ، أن الفقه الإيطالي بانصرافه عن الفكرة الشخصية في السبب ، التي تربطه بالإرادة الخاصة ، قد وصل إلى فكرة مادية ، يرتبط فيها السبب بإرادة القانون ، وهي فكرة تذكرنا بالسبب في القانون الروماني . ولا شك عندنا في أن المذهب المادي الإيطالي ، قد استحدث فكرة في السبب ، لا تثير في ذاتها صعوبة ، فليس هناك من ينازع ، في أن كل تصرف قانوني له وظيفة قانونية تبرر حماية القانون له ، بل يمكن أن تسمى تلك الوظيفة « سبباً » على هذا المعنى ، ولكن أهذا هو السبب الذي يتحدث عنه القانون المدني السوري ؟ كيف يتصور أن يكون السبب على هذا المعنى غير موجود أو غير مشروع ؟ وكيف نفسر جزاء البطلان المنصوص عليه في هاتين الحالتين ، إذا كان السبب

(١) دوزي ، نظم القانون المدني ، نابولي ، سنة ١٩٢٢ ، ج ١ ، ص ١٦٥ ، انظر سيمون ، مسألة السبب ، المقال السابق ، ف ٢ .

(٢) سيمون ، المقال السابق .

(٣) فرارا ، السبب غير المشروع . دراسات تخليداً لكيروني ، تورينو ١٩١٥ ، ج ١ ، ص ١٢٥ .

(٤) بونفانتي ، مجلة القانون التجاري ، ١٩٠٨ ، المجلد الأول ، ص ١٢٣ ، انظر سيمون ، المقال السابق .

(٥) ابو عافية ، ف ٣٦ ، ص ١٣٨ — ١٣٩ .

لا صلة له بإرادة الأفراد ؟ ثم كيف نفهم القواعد الخاصة بإثبات السبب ، خصوصاً حكم المادة ١٣٨ مدنى سورى (١٣٧ مصرى) ، (١١٢١ مدنى إيطالى) التى تفترض وجود السبب — فى حالة عدم ذكره — إلى أن يثبت العكس ؟ والإشكال فى المذهب المادى آت من أن القوانين السالفة الذكر تتكلم عن السبب الذى يدفع الإرادة الخاصة لا السبب الذى يبرر إرادة القانون[1] .

المبحث الثالث

السبب فى القانون المدنى الألمانى

٥٠٩ — ليس للسبب فى القانون المدنى الألمانى وجود مستقل عن التعبير ، بل هو جزء منه . وهذه التبعية هى أثر من آثار النزعة الموضوعية فى القانون الألمانى[2] وينبنى على ذلك أن لا يعتد بالدوافع الداخلية إذا لم تثبت وجودها فى هذا التعبير ولم تغد جزءاً منه . أما إذا ظلت مجرد باعث داخلى ، فليس للتشريع أن يعتد بها . فإذا ما تضمن التعبير الباعث اعتد به القاضى إذا كان مشروعاً ، وأبقى العقد صحيحاً منتجاً

---

(١) أبو عافية ، المرجع السابق .

(٢) يلاحظ أن الدكتور السنهورى قد عزا تبعيه السبب للتعبير إلى أن الإرادة فى القانون الألمانى هى التعبير نفسه (مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٤١) : ويبدو أن الدكتور السنهورى يردد هنا مارردده قبله سالى الذى أكد فى أكثر من موضع أن التعبير فى القانون الألمانى يحل محل الإرادة على أن هذا الرأى قد اعتبر مبالغة فى التشيع لنظريه التعبير وقد لاحظ الفقيه الإيطالى Segré بحق أن التعبير فى القانون الألمانى لا يحل محل الإرادة وعزز رأيه بقوله إنه لو كان ذلك صحيحاً لوجب أن يختفى البطلان المطلق كجزاء على اختلاف الإرادة المعلنة عن الإرادة الحقيقة ، ولما صح أن يتعدى الجزاء حدود البطلان النسبى ، فبطلان التعبير عن الإرادة بطلانا مطلقا فى أحوال التحفظ الذهنى والصورية وانعدام الجدية قاطع فى الدلالة على أن الأثر القانونى لا يرد إلى التعبير فى ذاته ، وإنما ينسب إليه باعتباره الثوب القانونى الاجتماعى الذى تظهر فيه الإرادة . أما الحجة المستمدة من النصوص الخاصة التى تقضى بالوقوف عند الإرادة المعلنة دون اهتمام بالإرادة الحقيقية ، فعيبها أنها تقلب الأوضاع فى القانون الألمانى ، إذ تحاول أن تستمد القاعدة العامة من نصوص استثنائية مع إغفال المواد ١١٦ وما ب وهى النصوص التى تضع القواعد العامة فى المسألة محل البحث راجع التصرف المجرد للدكتور محمود أبى عافية ، هامش ص ٢٧٨ . وانظر التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ف ٨١ ، ص ٣٠ . حيث يذهب المؤلف إلى أن التصرف فى القانون الألمانى هو إرادة خالصة . انظر أيضاً هامش ص ٢٠٠ حيث يرى المؤلف أنه لا مجال للتردد ويجب أن تتغير النظرية المنسوبة للقانون الألمانى ، وانظر ماسبق ، ف ٤٠٢ هامش رقم ٢ ص ٣٨٦ — ص ٣٨٧ .

لآثاره . أما إذا كان الباعث مخالفاً للآداب المتواضع عليها ، انهار العقد وانعدمت آثاره
وليس يبحث القانون الألماني — وشأنه في ذلك شأن المذهبين الحنفي والشافعي
كما سنرى — في النيات الداخلية الذاتية التي لم يفصح المتعاقدان عنها ، وليس له أن
يستكنهها . ذلك لأن هذا الاستكناه يهدد استقرار التعامل تهديداً بليغاً ، فيتزعزع
التعامل بين الناس . فلا يصح إذن الاعتداد بالباعث إذا لم يتضمنه التعبير ، حتى
لو كان هذا الباعث معروفاً من المتعاقد الآخر . والواجب إذا أريد الاعتداد بالباعث ،
أن يندرج في التعبير ، فيصبح جزءاً منه . فإن كان غير مشروع ، كان التعبير باطلا .
وليس على القاضي ، وقد رأى التعبير ينتظم أمراً غير مشروع ، إلا أن يبطل هذا
التعبير ، دون أن يكلف نفسه عناء البحث ، فيما إذا كان هذا الأمر غير المشروع هو
السبب أو الباعث ، فأمامه تصرف غير مشروع لا تقره الآداب العامة ، وهو كحارس
لهذه الآداب لا يملك إلا أن يبطل هذا التصرف[1] .

وإذا كان للطرفين أن يضمنا عقدهما ، أو إن شئت تعبيرهما ، الباعث الذي حدا بهما
إلى التعاقد ، فلهما أن يجردا هذا العقد من سببه ، ولهما أن يقتصرا على تضمين التعبير
الالتزام في ذاته ، دون ذكر لسببه أو للدافع إليه فيكون الالتزام على هذا النحو مجرداً .

« فلم يعد إذن للسبب ، في القانون الألماني ، وجود مستقل عن التعبير ، فما شاء
المتعاقدان أن يضمناه التعبير من سبب يصبح جزءاً منه ، وما شاءا أن يغفلاه يجب
استبعاده من دائرة التعاقد ولا يعتد به . ومن ثم لا يوجد في القانون الألماني - كما
يوجد في القوانين اللاتينية — نظرية للسبب .

وههنا أيضاً نجد القانون الألماني يطاوع نزعته الموضوعية ، ابتغاء استقرار التعامل .
فالسبب لا يلتمس خارج التعبير عن الإرادة ، بل يجب أن يتضمنه هذا التعبير ، وبذلك
يكون السبب شيئاً موضوعياً لا أمراً نفسياً فيستقر التعامل[2] » .

---

(١) سالي ، التعبير عن الإرادة ، ف ٣٥ — ٣٦ و ف ٣٨ — ٣٩ .
(٢) راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٤٢ .

الفصل الثانى

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

٥١٠ — لما كانت نظرية السبب فى الفقه اللاتينى فى مراحلها الأخيرة وبعد تكملة القضاء لها ، تعتد بالسبب القصدى (السبب الفنى) ، وهو الغرض المباشر الذى يرمى المتعاقد الوصول إليه ؛ إلى جانب اعتدادها بالسبب الدافع (السبب المصلحى) وهو الباعث البعيد الذى دفع المتعاقد إلى التعاقد . كان علينا أن نبحث السبب فى الفقه الإسلامى بهذين المعنيين .

المبحث الأول

السبب الفنى

٥١١ — تعتد الشريعة الإسلامية ، كما رأينا بالإرادة الظاهرة ، وتعطى الأهمية الأولى لصيغة العقد المادية ، و تعتبر الآثار متولدة عن هذه الصيغة نفسها لا عن الإرادة الباطنة النفسية[1] . ولما كان السبب ، كما رأينا فى الفقه اللاتينى ملازماً لهذه الإرادة الأخيرة ؛ فطبيعى إذن أن لا تحفل الشريعة الإسلامية بمفهوم السبب النفسى احتفال الشرائع الذاتية التى تأخذ بالإرادة الباطنة .

وبناء على ذلك ، لا نجد فى الفقه الإسلامى تحديداً لفكرة السبب ، كالتحديد الذى نجده فى الفقه الغربى بل لا نجد فيه من يذهب إلى أن السبب ركن فى العقد . إن ركن العقد فى الفقه الإسلامى إما أن يقتصر على صيغة العقد ، كما هو الحال فى الفقه الحنفى ، وشأنه فى هذا شأن القانون الألمانى . وإما أن يضاف إليه العاقدان والمحل كما هو الحال فى الفقه المالكى ولدى بعض الشافعية .

٥١٢ — فركن العقد إذن هو صيغة العقد فى الفقه الإسلامى ، ولا مكان لركن السبب المعروف فى الفقه اللاتينى إلى جانب هذا الركن الوحيد . وإذا كان الأمر

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٢٩٨ ، ص ٢٩٧ ، وف ٣١١ ، ص ٣٠٩ .

كذلك نتساءل عما إذا كان ثمة علاقة بين إهمال مفهوم السبب فى الفقه الإسلامى وتخلف الشكلية فيه ؟

لقد مر معنا عند بحث علاقة السبب بالشكل فى الفقه اللاتينى أن النسبة عكسية بين هذين المفهومين . فكلما عظم حظ الأول ضمر حظ الثانى فى التشريع ، والعكس بالعكس[1] . ولما كان يبدو لأول وهلة أن نصيب الشكل فى الفقه الإسلامى ضئيل كان لنا أن نتساءل عن سبب عدم بروز فكرة السبب فى الفقه الإسلامى ؟ !

الواقع أن نصيب الشكل فى الفقه الإسلامى ليس معدوماً ، ولئن اختفى فيه الشكل بالمعنى المفهوم فى القانون الرومانى باعتباره رسوماً وأوضاعاً ساذجة . فقد لبس فيه الشكل مظاهر مهذبة تختلف عن تلك التى ظهر فيها فى القانون الرومانى .

إن نظرية وحدة الصفقة ، ونظرية اللفظية ، ونظرية مجلس العقد ، ونظرية الباعث الدافع إلى التعاقد فى بعض مذاهب الفقه الإسلامى ، هى بمثابة قيود حلت على مبدأ الرضائية الذى قرره الفقه الإسلامى طفرة واحدة[2] .

فكما أن الفقهاء الكنسيين قيدوا مبدأ الرضائية الذى ثاروا فيه على الشكلية بقيد الباعث الدافع إلى التعاقد . وكما أن أنصار نظرية السبب التقليدية قد جعلوا من السبب القصدى قيداً على الإرادة وبديلا للشكلية التى كانت تثقلها لدى الرومان . فقد جاء الفقه الإسلامى بنظرية اللفظية ، ونظرية مجلس العقد ، ونظرية الباعث لتقييد الإرادة عند نشوء الالتزام . وجاء بنظرية وحدة الصفقة ونظرية التعادل ، لتقييد هذه الإرادة عند تنفيذ الالتزام .

لقد قرر الفقه الإسلامى مبدأ الرضائية تقريراً مطلقاً ، انحطت فيه العينية إلى مرتبة الصحة[3] ؛ ذلك أن الشريعة الإسلامية رفعت من شأو الإنسان كثيراً ، فأطلقت له حرية الاكتساب ، وحررته من شكلية القوانين والشرائع القديمة ، وأبلغته من

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٩٤ ، ص ٤٧١ .

(٢) راجع مصادر الحق للسنهورى ، ج ٣ ، ص ١٥٣ : « لعل الفقه الإسلامى استغنى بهذه الفكرة [وحدة العقد] وأمثالها كفكرة اللفظية وفكرة مجلس العقد عن الشكلية فى العقود ، تلك الشكلية التى بدأت فى القانون الرومانى رسوما وأوضاعاً ساذجة وجاءت فى الفقه الإسلامى ضرباً من الشكلية أكثر تهذيباً » .

(٣) م ٨٢٧ مجلة الأحكام العدلية « تنعقد الهبة بالإيجاب والقبول وتتم بالقبض » .

الأهلية منزلة كبيرة ؛ وجميع هذه الخطوات أمور خطيرة فى تاريخ التشريع العالمى[1].

لقد قررت الشريعة الإسلامية أن كل إيجاب وقبول ينتجان آثارهما دون توقف على شيء من الإجراءات الشكلية .

وهذا السلطان الكبير الذى منحته الشريعة للإرادة ليس كله محاسن ، بل قد يفضى إلى مساوىء ، إذا لم تتدارك بصناعة فقهية ، تضع الرضائية فى نصابها المعقول . ولهذا الفرض أوجدت هذه الصناعة نظرية اللفظية لكى تضمن صدور إرادة جادة بصيغة الماضوية قبل انقداح الحكم .

وأوجدت نظرية مجلس العقد ، لكى تمر الإرادة فى مرحلة تروكاف ، قبل تحريك الشارع للحكم[2] .

وأوجد الشارع نظرية وحدة الصفقة ، لكى يصون بها استقرار التعامل وثباته ، ولكى لا تجمح الإرادة فى اشتراطاتها دون قيد .

وأوجد نظرية الباعث ، لكى لا تؤذى هذه الرضائية مقاصد الشارع .

وأوجد أخيراً نظرية التعادل ، لكى لا تميل به الرضائية كل الميل فتنتهى إلى الغرر والتغابن .

وهكذا نجد أن الصناعة الفقهية الإسلامية ، إذ أوجدت مبدأ الرضائية ، أوجدت فى نفس الوقت ما يشبه « صمامة الأمن » فى هذه النظريات الأخرى . وهى قيود توضعت على الإرادة ، كما توضعت نظرية السبب فى النظرية التقليدية ، ونظرية الباعث فى الفقه الكنسى والاجتهاد القضائى على سلطان الإرادة .

هذا ولئن كان السبب فى الفقه اللاتينى ، يقوم بدور فى الشرائع التى اعتدت به ،

---

(١) الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين الناهى ، ص ٣١٣ .

(٢) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٤٤ : « إن الشارع صلوات الله وسلامه عليه وعلى آله أثبت خيار المجلس فى البيع حكمة ومصلحة للمتعاقدين . وليحصل تمام الرضا الذى شرطه تعالى فيه ، فإن العقد قد يقع بغتة من غير ترو ولا نظر فى القيمة ، فاقتضت محاسن هذه الشريعة الكريمة أن يجعل للعقد حرماً يتروى فيه المتبايعان ، ويعيدان النظر ، ويستدرك كل واحد منهما عيباً كان خفياً »

فطبيعي أيضاً أن نجد هذا الدور فى الفقه الإسلامى قائماً ، ولـكن لا عن طريق السبب ، بل عن طريق صناعة الفقه الإسلامى الخاصة به[1] » .

الفرع الأول

دور السبب الفنى فى تـكوين العقد

٥١٣ — ونتساءل هنا عن الوسائل التى استطاع الفقه الإسلامى أن يؤدى عن طريقها وظائف السبب فى المفهوم اللاتينى .

لقد رأينا أن أنصار السبب فى الفقه اللاتينى ، يسندون إليه القيام بدورين : دور فى تـكوين العقد ، ودور فى تنفيذه . ورأينا أيضاً أن أنصار السبب يسوغون وجود نظريتهم بجدواها فى إبطال التزامات مستوفية شرائطها لارتباطها بالتزامات أخرى محلها غير موجود أو غير مشروع .

٥١٤ — **حلول الفقه الإسلامى** : فـكيف استطاع الفقه الإسلامى أن يبطل تلك الالتزامات التى استوافت شرائطها ما دام لا يقول بفـكرة السبب ؟

كيف تسنى له إبطال التزام العاقد بدفع مبلغ من المال إلى آخر لقاء التزامه بتشهير شخص معين ، رغم صحة محل الالتزام وهو دفع مبلغ من المال ؟ وكيف تسنى له إبطال التزام شخص بدفع مبلغ من المال إلى آخر ، لقاء التزامه بعمل مستحيل ، رغم صحة محله وهو دفع مبلغ من المال ؟ وكيف استطاع أخيراً أن يبطل التزام شخص بدفع مبلغ من المال إلى آخر ، لقاء التزامه بعدم خطف ولده ، رغم صحة محله وهو دفع مبلغ من المـال ؟

يتوصل الفقه الإسلامى إلى إبطال هذه الالتزامات بوسائل متعددة :

(ا) فهو يبطل الالتزام الأول ، عن طريق شرائط المحل ، فمن شرائط المحل أن

---

(١) « أن السبب ضرورة تمليها طبيعة الالتزام فهو يصدر قبل كل شىء عن نظريته ، وهو ضرورى فى كل النظم ، وأما مايفرق بينهما فهو كيفية مواجهة هذا العنصر : إما أن يرتبط بوجود الالتزام أو بإصلاح الإثراء غير المشروع بعد وجوده صحيحاً (التعبير عن الإرادة للدكتور وليام قلادة ، ص ١٠٥) » .

يكون مقدور الاستيفاء ، فإذا كان غير مقدور الاستيفاء ، كان العقد باطلا[1] .

(ب) وهو يبطل الالتزام الصحيح فى المثال الثانى عن طريق شرائط الإرادة التعاقدية ؛ فمن شرائط هذه الإرادة أن تكون جادة جازمة ، ولما كان الالتزام بنقل شخص إلى مكان بعيد فى زمن قصير ينبىء عن إرادة غير جازمة ، كان العقد باطلا .

(حـ) وأخيراً يتوصل الفقه الإسلامى إلى إبطال الالتزام الصحيح فى المثال الثالث عن طريق شرائط العقد ، فمن شرائط العقد أن يكون مفيداً ، ومادام الإنسان ملزماً شرعاً بعدم الإضرار للحديث الشريف « لاضرر ولا ضرار » فإن الاتفاق الذى يلزمه بما يلزمه به الشرع يغدو غير مفيد لأنه تحصيل حاصل[2] .

ونستعرض فيما يلى نصوصاً فقهية ، أبطلت فيها العقود لأنها تضمنت التزامات واجبة على الملتزم قبل العقد ، ولأن العقد لم يرتب غرماً جديداً فى ذمة الملتزم مقابلا للغنم الجديد المتولد من العقد ، فكان غير مفيد .

جاء فى الدر المختار : « استأجر امرأته لتخبزله خبزاً للأكل ، لم يجز ، وللبيع جاز ، صير فيه : — قوله لم يجز — **لان هذا العمل من الواجب عليها** ديانة ، لأن النبى صلى الله عليه وسلم قسم الأعمال بين فاطمة وعلى ، فجعل عمل الداخل على فاطمة ، وعمل الخارج على علىّ ، وأفاد المصنف آخر الباب أن استئجار المرأة للطبخ والخبز وسائر أعمال البيت لا تنعقد[3] » .

وفى جامع الفصولين : « الإجارة على عمل يجب عليه لم تجز »[4] .

وفى الزيلعى : « ولا تجبر أمة لترضع ، أى لا تجبر أم الصغير على إرضاع ولدها ، لما ذكرنا أن النفقة على الأب . . وذكر الخصاف أن الأب إذا لم يكن له مال ، ولا للولد

(١) جاء فى البدائع (جـ ٤ ص ١٨٩) : وعلى هذا يخرج الاستئجار على المعاصى أنه لا يصح لأنه استئجار على منفعة غير مقدورة الاستيفاء شرعاً . . . وكذا لو استأجر رجلا ليقتل له رجلا ، أو ليسجنه ، أو ليضربه ظلماً ، وكذا كل إجارة وقعت لمظلمة ، لأنه استئجار لفعل المعصية ، فلا يكون المعقود عليه مقدور الاستيفاء شرعاً » .

(٢) راجع م ٣٠٥ من مرشد الحيران التى تنص على أنه يلزم أن يكون فى العقد فائدة لعاقديه ، وأن كل عقد لا فائدة فيه فاسد .

(٣) الدر المختار على حاشية ابن عابدين ، جـ ٤ ، ص ٤٠ .

(٤) جامع الفصولين ، جـ ١ ، ص ٢٤٨ .

مال ، تجبر عليه ، وتجعل الأجرة ديناً عليه كما فى نفقته ، ويحمل هذا القول على ماإذا طلقها ، وانقضت عدتها . . **لان الارضاع استحق عليها ديانة** ، قال الله تعالى والوالدات يرضعن أولادهن الآية ، وهو أمر بصيغة الخبر وهو آكد ، فلا يجوز أخذ الأجر عليه ، ولهذا لا يجوز أن تأخذ الأجرة على خدمة البيت من الكنس أو غيره ، وإنما لا تجبر عليه لاحتمال عجزها فمذرت ، فإذا أقدمت عليه ظهرت قدرتها فلا تعذر . . ولو استأجر منكوحته لترضع ولده من غيرها ، جاز لأنه لم يجب عليها إرضاعه[1] » .

وجاء فى تحديد الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب[2] : « كما لو قال إن جئتنى بعبدى الآبق أو بعيرى الشارد أو بمتاعى الضائع فلك عندى كذا وكذا ، وكان العبد أو البعير أو المتاع عنده أو يعلم مكانه ، فإن ذلك غير لازم على الملتزم . ولا يحكم عليه به . **ورد ذلك واجب عليه** ؛ وكذا الإعلام بموضعه . . لأن من شروط الجعل ألا يكون الفعل مما يلزم المجعول عمله[3] » .

« ومن ذلك إذا التزمت الزوجة لزوجها بشىء إن أذن لها بالحج ، فإنه التزام باطل ، لأن أداء فريضة الحج واجب عليها ، **وعلى زوجها الا يمنعها** بدون عذر ، فإن منعها لكى تلتزم له ، كان التزامها باطلا ، ولكن التزم للشهود بأن يدفع لهم مبلغاً من المال حتى يؤدوا شهادتهم فإنه لا شىء عليه؛ إلا اذا تركوا عملهم لأجل أداء الشهادة فلهم أجرهم[4] » .

٥١٥ — **مقارنة الحلول** : وإذا قارنا الحلول التى أوجدها الفقه الإسلامى مع حلول الفقه اللاتينى ، نجد تبايناً كبيراً **بين نهج الفقهين** . فبينا يسير الفقه الإسلامى فى صناعته الفقهية وفق نظرة تركيبية تجعل من التصرف القانونى محوراً لهيكلها ؛ نرى

---

(١) تبيين الحقائق ، جـ ٢ ، ص ٦٢ — ٦٣ .

(٢) وفى نطاق القانون العام لايستحق المواطن أجراً على عمل ملزم به شرعاً . ففى الفتاوى الخانية (جـ٢ ، ص ٣٢٢ وما ب) . « أمير العسكر إذا قال لمسلم اوذمى إن قتلت ذلك الفارس فلك مائة درهم ، فقتله ، لاشىء له ، لأن هذا من باب الجهاد والطاعة ، فلا يستحق الأجر ، كما لو استأجر ليؤم الناس أو ليؤذن وقال محمد : إن قال ذلك لذمى ، يجب الأجر » .

(٣) تحديد الكلام فى مسائل الالتزام للحطاب ، ص ٤٥ .

(٤) المرجع السابق ، ص ٤٧ .

الفقه اللاتيني يسير في صناعته وفق نظرة تحليلية تجعل من الالتزام لا التصرف المولد له ، قاعدة لبنائها .

إن الفقه الإسلامي قد قضى في الأمثلة المتقدمة بانهيار الالتزام الصحيح لا لانعدام سببه ، أو لعدم مشروعية هذا السبب ، بل لانهيار العقد الذي ينتظمه ، لأن شريطة من شرائط هذا العقد لم تتوافر . ومادام العقد الذي ينتظم الإرادة المشتركة قد ثبت بطلانه فلا مجال للاعتداد بأثر من آثاره ، وهو الالتزام الوليد ذي المحل المشروع ، ذلك أن هذا الالتزام الأخير ، لم يلتزم به صاحبه بإرادته المنفرد بل بإرادة مشتركة ، هي العقد ، الذي ثبت بطلانه لتخلف شريطة من شرائطه .

أما الفقه الغربي فهو ، كما رأينا ، قد حكم على العقود في الأمثلة المتقدمة بالبطلان لانعدام سببها ، أو لعدم مشروعية هذا السبب . فهو قد اتخذ من الالتزام أساساً لهيكل نظامه القانوني . وإذا شئنا أن نتعرف على مصدر هذه النظرة التحليلية ، التي تعتمد الالتزام ، لا التصرف ، فإننا لاشك نجدها في القانون الروماني ، حيث كانوا ينظرون إلى الأثر لا إلى المصدر ، أي إلى الالتزام لا إلى التصرف .

وقد نتج عن هذا المنطق الروماني ، الذي جعل الالتزام وحدة لأبحاثه ، أن نظر إلى العقد التبادلي كسلسلتين متقابلتين من الالتزامات[1] .

وتحت ضغط الضرورات الفنية والعملية التي نجمت عن هذا المنطق التحليلي ، اضطر المشرع إلى خلق فكرة السبب ، لكي يعيد إلى العقد وحدته التي نالت منها هذه النظرة التحليلية ، والتي كان الالتزام محوراً لها . ولقد رأينا أنه كان من نتيجة

---

(١) ففي ظل هذه النظرية « لم يكن يجوز المشتري أن يمتنع عن دفع الثمن ، حتى إذا امتنع البائع عن تسليم المبيع . ولا يجوز للبائع أن يمتنع عن تسليم المبيع حتى لو امتنع المشتري عن دفع الثمن . فالتزام كل من المتعاقدين مستقل في تنفيذه عن التزام الآخر . ومن ثم امتنع الدفع بعدم التنفيذ . . كذلك لم يكن لأحد من المتعاقدين فسخ البيع إذا لم يقم المتعاقد الآخر بتنفيذ التزامه بل يبقى البيع ويطالب بتنفيذ الالتزام الذي لم ينفذ حتى لو كان المتعاقد المطالب بالتنفيذ لم يقم من جانبه بتنفيذ التزامه لأن التزام كل من المتعاقدين مستقل بتنفيذه عن التزام الآخر . وإذا هلك المبيع بعد البيع وقبل التسليم كانت تبعة الهلاك على المشتري لا على البائع . وفي هذا إمعان في تأكيد الاستقلال ما بين التزام البائع والتزام المشتري عند التنفيذ ذلك أنه إذا استحال على البائع لهلاك المبيع تنفيذ التزامه بقي المشتري مع ذلك ملزماً بدفع الثمن لاستقلال التزامه عن التزام البائع . الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٢٢ .

هذه النظرة ، أن وجد تصرفات تضمنت التزاما ذا محل مشروع ، إلى جانب التزام آخر باطل لعدم مشروعية محله ، أو تخلف هذا المحل ، فلم يجد الشارع بداً من أجل هدم الالتزام الأول ذى المحل المشروع إلا عن طريق مفهوم السبب . فهو قد اتخذ من الارتباط الناجم عن السبب ، معولا يهدم به الالتزامُ الباطل الالتزامَ الصحيح ، فيما إذا احتواها تصرف معين .

وقد رأينا أن الفقه الإسلامى قد توصل إلى إبطال العقود عن الطريق الأقرب ، وهو طريق شرائط التصرف . فهو لم يتعثر بضرورات التفريع الذى أخذ به القانون الرومانى . بل نظر إلى التصرف ككل . فإذا ما اختلت شريطة من شرائطه تبع ذلك بطلان الالتزامات المتولدة عنه ، وسواء بعد ذلك أتوافرت شرائط هذه الالتزامات المتولدة أم لم تتوافر . والقاعدة الكلية الفقهية تقول « إذا بطل الشىء بطل ما فى ضمنه » ؛ أما الفقه اللاتينى فكأن القاعدة فيه « يبطل الشىء إذا بطل ما فى ضمنه » ؛ فهو يسير من الجزء إلى الكل ، لا من الكل إلى الجزء[1] .

٥١٦ — **لكل فقه صناعته الخاصة به** : هذا ولبيان أن حلول الفقه الإسلامى فى هذا الموضوع ذات صلة وثيقة ببنائه الفقهى ، وصناعته الفقهية الخاصة به ، وأنه إذ يخلص فى هذا لأصول كيانه الفقهى ، كما يخلص الفقه الغربى فى حلوله فى هذا الصدد ، إلى جذور نظرية الالتزام فى القانون الرومانى . أقول لبيان استقلال كل تشريع فى طريقته الخاصة به ، ورد محاولات من يريدون فرض طريقة تشريع معين على تشريع آخر — كشأن من يحاولون فرض مفهوم السبب على فروع الفقه الإسلامى وهى منه براء — يجمل بنا أن نرجع فى هذا الصدد إلى القانون الإنكليزى — وهو من الشرائع التى يغلب فيها الطابع المادى كالفقه الإسلامى — لنتبين طريقته الخاصة فى إبطال بعض العقود التى يبطلها الفقه اللاتينى عن طريق السبب على أنه لكى

---

(١) راجع مذكرات هوان فى التصرف القانونى التى ألقاها فى قسم الدكتوراه فى كلية الحقوق فى جامعة القاهرة عام ١٩٥٤ — ١٩٥٥ ص ٢٥٠ « إن سبب التزام كل طرف هو فى الواقع مجموع الآثار المتولدة عن العقد نفسه معتبراً ككل . إن مفهوم السبب فى هذا المعنى يعيد إلى العقد وحدته التى أخفاها المنطق الرومانى بتحليله العقد إلى سلسلة من الالتزامات المتباينة » .

لا يتسع بنا مجال البحث سنقتصر على تبين موقف القانون الإنكليزى من أحد الأمثلة التى سبق أن قارنا فيها حلول الفقه الإسلامى مع حلول الفقة اللاتينى ، وهو المثال الذى يتعهد فيه شخص بالتزام هو ملزم به شرعاً أو اتفاقاً .

لقد وجدنا أن هذا الالتزام باطل فى عرف الفقه اللاتينى لانعدام السبب ، ووجدنا أن هذا الالتزام باطل فى عرف الفقه الإسلامى لأن التصرف الذى يتضمنه يغدو بوجوده غير مفيد ، فما هو سبيل القانون الإنكليزى إلى إبطال أمثال هذه الالتزامات ؟

يبطل القانون الإنكليزى أمثال هذه الالتزامات لأن « الاعتبار » فيها ليس بذى قيمة فى نظر القانون[1] . وهذا الحل كما نرى هو قريب من حل الفقه الإسلامى . الذى يشترط الفائدة فى التصرف ؛ ومع ذلك لم نر أحداً قد حاول فرض مفهوم « الاعتبار » على فروع الفقه الإسلامى . فلماذا إذن يحاول البعض قسر فروع الفقه الإسلامى على تقبل فكرة السبب الغربية رغم استعصائها عليه[2] ألا أن لكل تشريع منطقه الخاص به ؛ ومن خطل الرأى فرض منطق تشريع على منطق تشريع آخر ! .

٥١٧ — السبب فى الفقه الإسلامى هو المقصد الأصلى للعقد[3] :

ولعلنا نستطيع أن نقول إن السبب فى الفقه الإسلامى هو مجموع الآثار المتولدة كما

---

(١) العقود فى القانون الإنجليزى إما شكلية وهذه يكفى فى صحتها الشكل وحده ، وإما رضائية وهذه لابد منها من وجود اعتبار (consideration) ، والاعتبار لا يعنى الغرض المباشر الذى يرمى إليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الحال فى النظرية الفرنسية ، وبعبارة أخرى ليس الاعتبار هو الغنم الذى حصل عليه الملتزم من وراء التزامه كما هو الأمر فى السبب ، بل هو الغرم الذى تحمله الدائن حتى يحصل على التزام المدين ، إنه العمل أو الامتناع أو الخسارة أو تعهد أحد هذه الأمور، الذى يكون بمقابلة أو باعتبار تعهد الطرف الآخر . ويشترط فى الاعتبار أن يكون ذا قيمة بنظر القانون . فلو تعهد أحد أن ينفذ ما كان واجباً عليه شرعاً ، أو ما كان ملزماً به بمقتضى عقد سابق ، فلا يصح التعهد ، لأن الاعتبار يعتبر عندئذ غير متقوم « راجع النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، للدكتور صبحى محمصانى ج ٢ ، ص ٨٧ . وراجع الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٧٠ هامش رقم ٢ » .

(٢) راجع ملحوظاتنا على بحوث السبب فى الملحق رقم ٢ من هذه الرسالة .

(٣) راجع ما سيأتى ، ف ٥٢٦ وما بعدها .

سنرى فإن كانت هذه الآثار جميعها سليمة ، ذات محل مشروع ، كان العقد صحيحاً ؛ وإلا كان العقد باطلا ، ولئن كان سبب الالتزام فى الفقه الغربى يأتى جواباً لسؤال السائل لِمَ التزم الملتزم ؟ فإن السبب فى الفقه الإسلامى يأتى جواباً لمن يسأل : لِمَ عقد العاقد العقد ؟ إنه يعقده رغبة فى الحصول على الآثار المتولدة منه . فالآثار هى السبب الذى دفعه إلى التعاقد والتصرف وسيلة لها . ولئن كان العقد هو السبب الفلسفى لهذه الآثار ، لأنه مصدرها . فالآثار هى السبب النفسى لهذا العقد ، لأنها الغرض الذى تبغى الإرادة الوصول إليه .

الفرع الثانى

دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد

٥١٨ — كنا رأينا عند استعراضنا لنظرية السبب فى الفقه اللاتينى ، أن السبب بمعناه الفنى قدم فيها الأساس القانونى لثلاثة من أهم الأوضاع القانونية، وهى : الدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة .

ورأينا فيما مر أن الفقه الإسلامى خال من نظرية للسبب ، ونتساءل الآن : أيوجد فى الفقه الإسلامى نظريات للدفع بعدم التنفيذ ، والفسخ ، وتحمل التبعة ؟ وإذا كان الفقه الإسلامى يعرف هذه النظريات ؛ فما هى الوسائل الفقهية التى ارتكزت عليها هذه الأوضاع كبديل لمفهوم السبب فى الفقه اللاتينى ؟

لقد صدرت فى مصر رسائل ثلاث تعرضت لبحث هذه الأوضاع الثلاثة فى الفقه الإسلامى :

أولاها : رسالة الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين الناهى ١٩٤٥ .

وثانيها : رسالة النظرية العامة للفسخ للدكتور حسن على ذنون ١٩٤٦ .

وثالثها : رسالة نظرية تحمل التبعة للدكتور محمد زكى عبد البر ١٩٥٠ .

ولقد أجمعت هذه الرسائل الثلاث ، على عدم وجود نظرية للسبب فى الفقه الإسلامى . ولكنها اختلفت فى تحديد الأساس الذى حل محل السبب ، لتعليل مؤسسات الدفع بعدم التنفيذ والفسخ وتحمل التبعة فى الفقه الإسلامى .

فبينما يذهب الدكتور الناهى إلى أن أساس الإمتناع فى الفقه الاسلامى هو فكرة « التكافؤ فى المراكز القانونية » . يذهب الدكتور ذنون إلى أن أساس الفسخ فى الفقه الإسلامى هو ركن « الرضا » ويذهب الدكتور عبد البر إلى أن أساس حل مشكلة تحمل التبعة « هو طبيعة العقد الملزم للجانبين » .

ويلاحظ أن هذه الرسائل الثلاث قد نوهت عن المسلك المادى فى الفقه الإسلامى ، فى حلوله التى أوجدها كبديل عن السبب فى الفقه اللاتينى .

٥١٩ — **أساس الامتناع المشروع عن الوفاء** : قرر الدكتور صلاح الدين الناهى ، فى رسالته الامتناع المشروع عن الوفاء ، الأمرين التاليين :

١ — ليس فى الفقه الإسلامى نظرية للسبب على غرار السبب فى الفقه اللاتينى .

٢ — إن أساس الامتناع المشروع عن الوفاء هو فكرة تكافؤ المراكز التعاقدية .

٥٢٠ — أولا : يقرر الدكتور الناهى عدم بروز فكرة السبب فى الفقه الإسلامى فيقول :

« هل عرفت الشريعة الإسلامية فكرة السبب الغائى الإرادى على نحوما ؟ إن موقف هذه الشريعة من سلطان الإرادة ، وتكييفها لهذ السلطان ، يمهد لها سبيل النظر فى هذه المعضلة . وإذا كنا قد بينا أن هذه الشريعة لا تضيق ذرعاً فى جملتها بسلطان الإرادة ، وأنها شريعة رضائية إلى حد بعيد ، وكانت هذه المقدمات تمهد السبيل لبروز فكرة السبب على نحو غير بعيد من الكمال ؛ فإن السبيل مع هذا لم يمهد تمهيداً كافياً لبروز هذه الفكرة فى الشريعة الإسلامية . »

ثم ينتقل الدكتور الناهى إلى تعليل رأيه فيقول :

« إن السبيل لم يمهد لبروز فكرة السبب لاتجاه معين فى هذه الشريعة ، ونعنى بهذا الاتجاه ، تلك التفرقة التى قررها الأصوليون بين اكتساب التصرفات التعاقدية ؛ وذلك راجع لإرادة المتعاقد نفسه ، وبين ترتب آثارها من حقوق وأحكام عليها ؛ وذلك راجع لحكم الشارع . وبالتالى فإن آثار العقد جعلية شرعية . . . وبذلك يتقيد سلطان الإرادة بقيدين ثقيلين ، قيد عند إنشاء التصرفات التعاقدية ، فيقف عند حد

الا كتساب . وآخر عند ترتب آثار العقد عليه ، فيقف مكتوف اليدين ينتظر حكم الشارع . هذه التفرقة بين إنشاء العقد اكتسابا ، وبين ترتب آثاره عليه تجعل إقامة الالتزامات المترتبة على العقد ، حتى فى عقود المبادلات (المعاوضات) متعذرة ؛ لأن هذه الآثار مستقلة عن الإرادة المشتركة ، ولأن المشرع هوالذى يقضى بها ، ويرتبها ، فلا يبقى مجال للبحث عن أساس لها ، فى غير أحكام الشارع ، وما رسمه الشارع من حدود للعدالة ، وهذا ما نجده فى الشريعة الإسلامية فى واقع الأمر فإن هذه الشريعة لم تفسح المجال لتقرير قواعد عامة تقوم بمقتضاها الالتزامات التعاقدية ، على أساس من السبب ، على نحو ما تقرر واستقر فى القانون الحديث[1] » .

٥٢١ — ثانياً : على أن فكرة السبب إذا تخلفت فى الفقه الإسلامى ، فما هو الأساس الذى حل محلها فيه ، لتعليل مؤسسة الامتناع المشروع عن الوفاء فى الفقه الإسلامى ؟ يجيب الدكتور الناهى عن ذلك ، فيقول :

« ومع هذا فإن هذه الشريعة لا تخلو من فكرة « التبادل » ، بين الالتزامات فى عقود المعاوضات . لا لفكرة السبب ذاتها ، من حيث أن ترتب بعض الالتزامات المتقابلة وتنفيذها ، سبب فى ترتب الالتزامات الأخرى وتنفيذها . فإن ترتب الالتزامات مستقل عن إرادة المتعاقدين ، وتنفيذها كذلك ، لا يقع إلا بمقدار ما هى ملزمة فى نظر الشارع ؛ ومراعاة التبادل فى الشريعة الإسلامية مرده فى حقيقة الأمر معيار العدالة الذى أخذت به هذه الشريعة ، معيار التكافؤ فى المراكز التعاقدية ؛ إذ ينبغى فى منطق هذا المعيار الشرعى ، أن لا يظلم أحد المتعاقدين ولا يحابى الآخر ، وبذلك يمكن أن نقول أن ما نجده مقرراً فى الشريعة الإسلامية من الأحكام التى لا تفسر فى القانون الحديث إلا بناء على فكرة السبب مرده فى حقيقة الأمر هذا القياس العادل مقياس التكافؤ فى المراكز القانونية ، وظاهر أن التكافؤ غير السبب الإرادى ، فالتكافؤ معيار للعدالة ، يحيط بكثير من الأنظمة القانونية المختلفة فى طبيعتها . والسبب نظام قانونى معين تتفرع عليه بعض الأحكام والقواعد التعاقدية[2] » .

---

(١) الامتناع المشروع عن الوفاء ، ف ٣٦٦ ، ص ٣٢٩ .

(٢) الامتناع المشروع عن الوفاء ، ف ٣٦٧ ، ص ٣٢٩ — ٣٣٠ . ويلاحظ أن الدكتور

٥٢٢ — **أساس حق الفسخ** : يرى الدكتور حسن ذنون « أن أساس حق الفسخ فى الشريعة هو ركن « الرضا » كما فهمه علماؤها ؛ ذلك أن ركنى العقد عند الفقهاء هما ، الرضا والمحل . وأنهم قالوا بوجوب قيام رابطة بين هذين الركنين ، فذكروا فى تعريف العقد ، أنه عبارة عن اتحاد القبول بالإيجاب ، اتحاداً يظهر أثره فى المعقود عليه — أى المحل . فلا بد فى ركن الرضا من أن يرتبط بركن العقد الثانى ، وهو المحل ، وينصب عليه طيلة حياة الالتزام ، أى منذ نشوئه إلى حين تنفيذه . فإذا ما انعدم الرضا ابتداء ، بأن لم يتفق الايجاب والقبول أو لم يظهر أثره على المعقود عليه ، بأن كان هالكا ، كان العقد باطلا . وإذا ما توافر ركن الرضا عند نشوء الالتزام ، ولكنه لم يحدث أثره ، بأن انعدمت الصلة التى كانت تربطه بالمحل ، أو ظهر أن هذه الصلة كانت معيبة ، كان العقد مفسوخاً أو قابلا للفسخ ، على حسب الأحوال[1] » .

ويشرح المؤلف الدوافع التى دعته إلى القول بهذه النظرية فى مكان آخر ، فيقول : « وقد دعانا إلى القول بهذه النظرية أمران . الأمر الأول : أننا أردنا بالقول بها

شفيق شحاته ، كان قد سبق وأشار ، إلى أن المقصود بالسبب فى الفقه الإسلامى هو فكرة المعاد جاء فى رسالته :

« ليس بالتشريع الإسلامى نظرية للسبب . ولكن ذلك ليس معناه ، أن فكرة السبب منعدمة من المسائل ، فإن التشريع الإسلامى ، كما قلنا مراراً ، خلو من النظريات . ويلزمنا دائماً استنباطها من المسائل .

على أن السبب الحقيقى لالتزام المشترى بدفع الثمن ، ليس هو عقد البيع ، بل انتقال ملكية الشىء المبيع إليه . هو يلزمه بالدفع لأنه لايجوز له أن يجمع بين يديه ، فى نفس الوقت ، الشىء وثمنه والثمن هو مقابل المبيع . فهو ، إذا لم يدفع الثمن ، يكون قد أخل بالتوازن ، الذى يرمى العقد إلى تحقيقه . وهذا التوازن هو ، فى نظر الفقهاء ، المعادلة بين المتعاقدين .

فنى الواقع ونفس الأمر ، المقصود من السبب ، هو المعادلة . وقد جاء فى النصوص (الكاسانى ج ٤ ص ٢٠١) أن المساواة فى العقود مطلوب المتعاقدين » .

ومن تطبيقات فكرة المعادلة — أنه إذا هلك الشىء المبيع ، قبل التسليم ، يسقط عن المشترى الإلتزام بدفع الثمن ، ذلك أن الثمن لم يعد له مقابل . وأنه إذا استحق المبيع المشترى ، له أن يسترد الثمن . وأن البائع لايلزم بتسليم المبيع ، مادام الثمن لم يدفع (النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية ، ف ٤٦ ، ص ٥٨) . »

قارن (مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ٢٦٢) حيث يرى أستاذنا السنهورى أن ارتباط الالتزامين المتقابلين فى عقد المعاوضة هو الأساس الذى يقوم عليه الدفع بعدم التنفيذ فى الفقة الاسلامى ، وأن هذا الارتباط يجب أن يفهم فى ضوء فكرة المساواة .

(١) نظرية الفسخ ، ص ٧٣ .

تجنب النقد الشديد الذى وجه ولا يزال يوجه إلى نظرية السبب ، أو نظرية التعادل ، كما تسمى أحياناً . والأمر الثانى : أننا قلنا ، أن نظرية الالتزام تصطبغ فى الفقه الإسلامى ، بصبغة مادية من مظاهرها ، تعريفهم للعقد بأنه اتحاد القبول بالإيجاب اتحاداً يظهر أثره فى المعقود عليه» . ومن مقتضى هذه النزعة المادية أن نأخذ فى تبرير الفسخ بفكرة محددة ذات معالم واضحة ، لا بفكرة مجردة كفكرة السبب . لهذا قلنا أن أساس الفسخ فى الفقه الإسلامى هو نظرية « اتصال الرضا بالمحل[1] » .

٥٢٣ — *تقدير هذا الرأى* : لسنا نستطيع أن نقبل « الرضا » ، كبديل لمفهوم السبب فى الفقه الغربى ، لكى يكون أساساً لحق الفسخ فى الفقه الإسلامى : للأسباب الآتية :

(١) إن السبب والرضا هما ، كما رأينا ، عنصران متمايزان[2] ويقول أستاذنا السنهورى فى هذا « والحق أن السبب ليس هو الإرادة ذاتها ، ولكنه هو الغرض المباشر الذى اتجهت إليه الإرادة ، فهو ليس عنصراً من عناصر الإرادة يتوحد معها ، بل هو عنصر متميز عن الإرادة[3] » .

(٢) إن الذهاب إلى أن الرضا ذو أثر فى تنفيذ العقد وتحديد آثاره يتنافى إلى حد ما مع مبدأ مهم فى الفقه الإسلامى ، هى جعلية الآثار ، التى تقصر عمل الإرادة على تكوين العقد كما سنرى .

(٣) وأخيراً ، ليس صحيحاً ، ما ذهب إليه المؤلف ، من أن نظريته هى ذات معالم واضحة ، ذلك لأن الرضا كلمة عامة شاملة ، فهى تطلق على ما ذهب إليه المؤلف ، وتطلق فى نفس الوقت على العقد نفسه ؛ أضف إلى ذلك أن توزيع مهمة السبب على ركنى العقد : الرضا والمحل ، هو تشتيت لمشكلة أساس الفسخ ، وعود إلى رأى خصوم السبب الذين ينيطون بهذين الركنين المهمة التى أسندها أنصار السبب للسبب .

---

(١) نفس المرجع ، ص ٤١٣ . قارن مصادر الحق (ج ٦ ، ص ٢٤٩) حيث يرى أستاذنا السنهورى أن الفسخ لا يرجع لفكرة الارتباط لأنها غير موجودة فى الفقة الإسلامى بل يرجع للخلل الذى يصيب محل العقد فى البيع ولفكرة تجدد المعقود عليه آناً فآناً فى الإيجار .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٤٩٣ ، ص ٤٧١ .

(٣) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٤٢ ، ص ٤١٣ .

(٤) وأخيراً يقول المؤلف إن من مقتضى النزعة المادية فى الفقه الإسلامى أن يأخذ فى تسويغ الفسخ بفكرة محددة ذات معالم واضحة ، هى فكرة الرضا ونحن نرى أنه على العكس مما ذهب إليه المؤلف ، فمن مقتضى هذه النزعة المادية ، الأخذ بفكرة « التعادل » ، ذات الصبغة الموضوعية ، لا بفكرة « الرضا » ذات الصبغة الذاتية .

٥٢٤ — أساس تحمل التبعة : يرى الدكتور محمد زكى عبد البر فى رسالته نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى أن الفقه الإسلامى لا يعرف نظرية السبب . وهو يرى ثانياً أن أساس حل نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى هو مجرد طبيعة العقد الملزم للجانبين .

يقول الدكتور عبد البر فى رسالته المذكورة ص ١٤٨ :

« ونحن نرى أن فكرة السبب غير موجودة فى الفقه الإسلامى ، وأنا لسنا فى حاجة إلى إعمال ما قد نجده من تعليلات بعض الفقهاء ، لتحميل المدين التبعة ، فى صياغة نظرية للسبب فى الفقه الإسلامى . . . وكذلك نرى أن الرضا لا يصلح أن يكون أساساً لحل المسألة .

وأساس الحل ، فى نظرنا ، هو مجرد طبيعة العقد الملزم للجانبين . . . فمقتضى عقد المعاوضة ، أن ينشىء التزامات متقابلة ، وأن تنفذ هذه الالتزامات ، فإذا لم تنشأ كل الالتزامات المتقابلة ، أو بعضها كان العقد الملزم للجانبين ، الذى أراده العاقدان ، باطلا . وإذا انقضت كل أو بعض الالتزامات المتقابلة بالاستحالة ، أصبح العقد الملزم للجانبين ، الذى أراده العاقدان ، منفسخاً .

فطبيعة العقد الملزم للجانبين تقتضى ، أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل ، جملة وتفصيلا ؛ بمعنى أن تنفيذ هذا الالتزام جملة ، يقابله تنفيذ الالتزام المقابل جملة . وتنفيذ البعض يقابله تنفيذ البعض . فإذا استحال تنفيذ الالتزام كلية ، فانقضى ، انقضى الالتزام المقابل كلية هو الآخر . وإذا استحال تنفيذ بعضه ، فانقضى فى الجزء المستحيل ، انقضى من الالتزام المقابل ما يقابله . وذلك لأن انقضاء الالتزام كله أو بعضه للاستحالة ، وبقاء الالتزام المقابل ، يتنافى مع كون العقد ملزماً للجانبين[1] » .

---

(١) راجع رسالة نظرية تحمل التبعة ، ف ٧٥ ، ص ١٤٩ — ١٥٠ .

٥٢٥ – **تقدير هذا الأساس** : أولا : إن هذا الأساس قاصر . فهو لا يضارع السبب فى عمومه كأساس لتحمل التبعة . ذلك لأن فكرة التقابل مقصورة على العقود الملزمة لجانبين [١] .

ثانياً : إن فكرة التقابل التى يقول بها المؤلف ترجع أخيراً إلى فكرة الارتباط كما يعترف هو نفسه ، فى مكان آخر من مؤلفه ، إذ يقول ص ٦٠ « وهذا التقابل ليس له من معنى سوى أن يكون التزام كل من الطرفين مرتبطاً تنفيذه بتنفيذ الطرف الآخر التزامه المقابل » . ويقول ص ١٥٠ : « فطبيعة العقد الملزم للجانبين ، تقتضى أن يكون تنفيذ الالتزام مرتبطاً بتنفيذ الالتزام المقابل جملة وتفصيلا » .

وإذا عرفنا أن فكرة الارتباط ، لا تعليل لها إلا ردها لفكرة السبب « فالسبب ولا شىء غيره ، هو الذى يوجد الترابط بين الالتزامين المتقابلين ، فكأن من يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب دون أن يشعر [٢] » .

إذا عرفنا ذلك انتهينا إلى أن المؤلف يقول بنظرية السبب ، التى عارضها فى مستهل كلامه .

ثالثاً : إن فكرة التقابل ، لا تتفق وإلزام المشترى بأن يدفع الثمن أولا فى عقد البيع . إن إلزام المشترى بدفع الثمن أولا هو ، فى رأينا ، نتيجة لنظرية المقصد الأصلى التى سنرى تفصيلها فيما بعد . وهذا الالتزام لا يقف فى مقابل التزام البائع بتسليم المبيع ، بل هو نتيجة لانتقال ملكية المبيع إلى المشترى بمجرد العقد .

على أن البائع ، إذا كان ملزماً بإعادة الثمن إلى المشترى ، حال هلاك المبيع ؛ فمرد ذلك إلى عدم تحقق المقصد الأصلى فى مظهره العملى أو إلى فكرة العدالة ، التى تكمل ، على ما نرى ، نظرية المقصد الأصلى وتتضافر معها فى الحلول محل فكرة السبب ، المعتمدة فى الفقه الغربى ، لتفسير الأوضاع المماثلة .

---

(١) ويلاحظ أن المؤلف نفسه قد أخذ على الدكتور شحاته قصر السبب على العقود الملزمة للجانبين ، جاء فى رسالته ص ٤٤ : « ويرى الدكتور شفيق شحاته أن السبب لا يكون إلا فى العقد الملزم للجانبين ، وهذا لا يتفق مع قوله أن السبب عنصر فى الالتزام ، إذ الالتزام الإرادى ذو طبيعة واحدة فكيف يكون عنصراً فى الالتزام الناشىء عن عقد ملزم للجانبين . ولا يكون عنصراً فى الالتزام الناشىء عن عقد ملزم لجانب واحد . » راجع حجازى ، ف ١٥٣ ص ١٢٤ .

(٢) نظرية الالتزام للدكتور أبى ستيت ، ف ٢٣٧ ، ص ٢٣٢ . النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ف ١٤٢ ، ص ١١٣ .

الفرع الثالث

السبب الفني فى الفقه الإسلامى

نظرية المقصد الأصلى للتصرف القانونى

٥٢٦ — إنتهينا فى بحثنا السابق إلى استخلاص النتائج الآتية :

(١) إن الفقه الإسلامى لا يعتد بالسبب الفنى فى المفهوم التقليدى ، لا باعتباره عنصر تكوين ، ولا باعتباره عنصر تنفيذ .

(٢) إن تحديد شرائط العقد والمحل فى الفقه الإسلامى ، يقوم بنفس الدور الذى يقوم به السبب الفنى ، كعنصر تكوين .

(٣) إن فكرة « التعادل » فى الفقه الإسلامى ، تقوم بنفس الدور الذى يقوم به السبب الفنى ، كعنصر تنفيذ (١).

هذا وإذا شئنا أن نتحرى أدنى مفهوم فقهى إسلامى إلى مفهوم السبب التقليدى مفهوم اعترف به الفقهاء ، وأشاروا إليه صراحة فى نصوصهم ، فإننا لا شك واجدوه فى « المقصد الأصلى » ، الذى جاء صراحة على لسان الفقهاء . ذاك المفهوم الذى يذكرنا بالمفهوم الذى أخذت به النظرية الإيطالية المادية فى السبب التى سبق أن أشرنا إليها .

وعليه نستطيع أن نضيف نتيجة جديدة إلى النتائج الثلاث التى سبق أن أشرنا إليها فنقول : إن السبب فى الفقه الإسلامى هو « المقصد الأصلى للعقد » وإن شئت فقل إنه « الحكم الأصلى للعقد » . .

فما هو المقصد الأصلى للعقد ؛ وما هى وظيفته ؟ وما هى علاقته بحكم العقد

(١) على أن تخلف مفهوم السبب التقليدى فى الفقه الإسلامى ، ليس فى الواقع بضائر بهذا الفقه فكما أن الشريعة الإنكليزية لم يقدح بها خلوها من مؤسسة للسبب على غرار السبب اللاتينى ، فكذلك الفقه الإسلامى ليس بعيبة أن يجرد من هذا المفهوم ، ما دامت نصوصه لا تنطق به ، وما دام قد أوجد بديلا له ، ينسجم مع صناعته الفقهية الخاصة به .

وموضوعه ؟ وما هو الفارق بينه وبين المحل ؟ وما هو الفارق بينه وبين السبب الفنى ؟ وما هو الفارق بينه وبين السبب المصلحى ؟ وما هى صلته بإرادة الشارع ؟ وما هو دوره كوسيلة فنية ؟

المطلب الأول

مفهوم المقصد الأصلى

٥٢٧ — نستطيع أن نعرف المقصد الأصلى للعقد بأنه ، الغاية النوعية ، أى الحكم الأصلى ، الذى جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه[1] .

فالمقصد الأصلى لعقد البيع مثلا هو نقل الملكية بعوض ، والمقصد الأصلى لعقد الإجارة هو تمليك المنفعة بعوض ، والمقصد الأصلى لعقد الهبة هو نقل الملكية مجاناً ، والمقصد الأصلى للرهن هو احتباس مال لتوثيق استيفاء دين ، والمقصد الأصلى لعقد النكاح هو حل المتعة الزوجية ، وتأسيس حياة مشتركة بين الزوجين . . .

٥٢٨ — **خصائص المقصد الأصلى** : ويبدو من الأمثلة السابقة ، أن السبب فى هذا المعنى الجديد ذو خصائص ثلاث :

فهو أولا : ذو طابع مادى ، وهذه المادية سنستشفها خلال مقارنته مع المحل ، والسبب بمعنييه ، الفنى والمصلحى .

وهو ثانياً : محدد لنوع التصرف .

وهو ثالثاً : ممثل لوظيفة التصرف القانونية ، اقتصادية كانت أو اجتماعية .

٥٢٩ - (ا) أما كونه محدداً لنوع التصرف ، فيبدو من تحليلنا لأحد المقاصد

---

(١) ويلاحظ أن كلمة « المقصد » التى وردت على لسان الفقهاء هى أدق من كلمة « السبب » الواردة فى المفهوم التقليدى الغربى ، لأن كلمة السبب تعطى فكرة عن شىء سابق على العقد التام بينما « المقصد » تدل على شىء فى المستقبل ، أو على الأقل على شىء حاضر ، يمكن الوصول إليه حين العقد . لكن لا تدل على الماضى ولهذا فنحن نرى أن الفقهاء المسلمين التزموا جانب الدقة عندما استعملوا كلمة « السبب » بمعنى المصدر المنشىء ، وكلمة « المقصد » بمعنى السبب الفنى .

السابقة . فإذا ما نظرنا إلى المقصد الأصلى لعقد الإجارة مثلا نجده يميزه عن عقدين قريبين منه ، أولهما عقد البيع ، وثانيهما عقد العارية ، وبتمييز آخر يكون المقصد الأصلى جامعاً مانعاً ، وعن طريق هذا الجمع لأمثاله ، والمنع لأضداده ، يتوصل المقصد الأصلى لتحديد نوع التصرف .

فالمقصد الأصلى لعقد الإجارة ، وهو تمليك المنفعة بعوض ، يحدد نوعه بتمييزه أولا عن عقد البيع ، لأن المقصد الأصلى فيه هو تمليك العين بعوض ، ويميزه ثانياً عن عقد العارية ، لأن المقصد الأصلى فيها هو تمليك المنافع بغير عوض . فهو إذن كـكل العناصر الجوهرية ، كالرضا ، مهمته محددة Typique لنوع العقد ، بيد أن هذا التحديد إذا تم عن طريق الصيغة ، بصورة أقرب إلى الذاتية ، فهو يتم عن طريق المقصد الأصلى ، بصورة أدنى إلى الموضوعية .

٥٣٠ — (ب) أما كونه ممثلا لوظيفة التصرف القانونى ، فذلك لأنه ينتظم الغرض الاقتصادى أو الاجتماعى الذى يسوغ وجوده . فالسبب ، بمعنى المقصد الأصلى ، هو الغرض القانونى الذى يرمى إليه التصرف ، منظوراً إليه من الوجهة الاقتصادية ، كالمعاوضات أو الاجتماعية كالزواج ، والعقود غير المالية ؛ ومحدداً من قبل الشارع لا من قبل العاقد . والواقع أن فى هذه الوظيفة ، اقتصادية كانت أو اجتماعية . وإن شئت فقل ، فى هذا المقصد الأصلى يتركز لب التصرف . وما دام الأمر كذلك ، فلِمَ نأخذ فى حسابنا العاقد الذى يبرم التصرف . وما لنا وللبواعث والأغراض التى تـكتنفه ؟ فحسبنا أن ننظر إلى عقد البيع مثلا نظرة مادية منفصلة عما يختلج فى ضمير العاقد من بواعث متغيرة وأغراض محتملة ، وحسبنا أن نقرر أن غرض عقد البيع هو مقصده الأصلى ، وهو نقل الملـكية بعوض مادام فى هذا التبادل نفسه يتركز لب البيع وجوهره .

٥٣١ — **المقصد الأصلى للعقد وحـكمه وموضوعه** : ثمة ما يشبه الترادف بين المقصد الأصلى والحـكم ، وهذا ما سبق أن أشرنا إليه فى تعريف المقصد الأصلى . على أن الفرق بين هذين المفهومين ، هو كالفرق بين القوة والفعل ، فالحـكم الأصلى للعقد هو مقصده الأصلى بعد أن ينتقل من حيز القوة إلى حيز الفعل . وإبان هذا الانتقال

يطلق على هذا المقصد الأصلى اصطلاح موضوع العقد . فالمقصد الأصلى ، والحكم ، والموضوع ، إذن هى وجوه متعددة لحقيقة واحدة مثلثة الوجوه ، فإذا ما نظر إلى هذه الحقيقة من وجهة نظر الشارع قبل العقد كانت مقصداً أصلياً له — أى جلب مصلحة أو دفع مفسدة — جعل العقد وسيلة لتحقيقه . وإذا نظر إليها من وجهة نظر الشارع أيضاً بعد العقد ، كانت حكماً أصلياً مترتباً عليه ، وهى تكون آنذاك مصلحة مجتلبة أو مفسدة مستدفعة . وبين هاتين المرحلتين تتوسط مرحلة ثالثة تقع إبان التعاقد ويطلق فيها على المقصد الأصلى اصطلاح موضوع العقد .

٥٣٢ — **تمييز المقصد الأصلى عن محل العقد** : وفى هذه المرحلة الأخيرة يجدر بنا أن نميز بين المقصد الأصلى ، باعتباره موضوعاً للعقد ، وبين محل العقد . أما موضوع العقد فهو المقصد الأصلى للعقد منظوراً إليه إبان تكوين العقد ـ وأما المحل ، فهو المعقود عليه الذى يثبت فيه حكم العقد ، وهو كل ما يلتزم به المدين ، كالمبيع والثمن فى عقد البيع ، والموهوب فى عقد الهبة ، والمرهون فى عقد الرهن ، والمتعة الزوجية بين الزوجين فى عقد النكاح ، وعلى ذلك ، ففى هذا العقد الأخير تكون المتعة الزوجية كما أسلفنا هى المعقود عليه ، أما تحليلها ، أى رفع حاجز الحرمة المانعة فيها ، فهو موضوع عقد النكاح . والمال المرهون فى عقد الرهن هو محل العقد ـ وحق احتباسه لأجل استيفاء الدين هو موضوعه . ويلاحظ أن بعض الفقهاء لا يميزون فى الاستعمال بين اصطلاحى محل العقد وموضوعه ، فيعبرون بالموضوع عن معنى المحل . والفرق بينهما كبير ، كما رأينا ، فهو كالفرق بين إيقاع الأثر ومسقط الأثر [1] .

٥٣٣ — على أن المقصد الأصلى ، إذا كان متميزاً عن محل العقد فهو فى صورته اللاحقة للعقد ، وباعتباره حكماً أصلياً له ، مرتبط أشد الارتباط بالمحل ، إذ من الشرائط الأساسية لهذا الأخير ، أن يكون قابلا لحكم العقد ، وانتفاء هذه القابلية

---

(١) قارن الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى للدكتور يوسف موسى ، ف ٤٣٢ ، ص ٣٠٥ إذ يقول : « يراد بموضوع العقد ، أو محله كما يعبر الفقهاء كثيراً ما وقع عليه التعاقد ، فهو الغرض من العقد والمقصود منه ، والذى به تتعلق أحكامه وآثاره ؛ ففى البيع موضوع العقد هو الشىء المبيع .. »

قارن أيضاً النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٦٨ حيث جاء « لابد فى كل عقد من موضوع يضاف اليه . وهذا الموضوع سمى فى الاصطلاح العربى محل العقد أو المعقود عليه . . » راجع أيضاً المادة ١٨٧ من قانون الموجبات اللبنانى .

يفضى عادة إلى إبطال عقود ينعدم فيها معنى البيع ، أى مقصده الأصلى ، كبيع ماليس بمال ، كالحر ، وكبيع الخمر والخنزير والميتة ، وكبيع المسجد ، وكبيع آلات اللهو عند من يرى أنها ليست بمال . ففى هذه الأحوال ، يكون المحل غير قابل لحكمه ، فينعدم المقصد الأصلى ، لانعدام هذه القابلية . ويترتب على ذلك ، انعدام معنى البيع ، لأن البيع يتركز معناه فى مقصده الأصلى ، إذ هذا المقصد هو قوام الوظيفة الإقتصادية للتصرف . فالعقد الذى يكون المعقود عليه فيه حراً ، أى ماليس بمال ، لا يتحقق مقصده الأصلى . لأن هذا المقصد مؤداه « نقل الملكية بعوض » وفى الفرض آنف الذكر ملكية البدل لم تنتقل ، لأن ما يقابلها ليس بعوض ، ومآل ذلك ، أن الحكم الأصلى للعقد لم ينقدح ، لأن مقصده الأصلى لم يجد فى المعقود عليه قابلا له ، فغدا البيع بدون ثمن ، فلا ينعقد .

وعن طريق هذه الشريطة ، التى تقضى بارتباط المحل بالمقصد الأصلى ، يتوصل الفقه الإسلامى إلى إبطال العقود المخالفة للنظام العام الإسلامى ، ويكون أساس البطلان فى هذه التصرفات آنداك ، هو تخلف المقصد الأصلى فيها .

والخلاصة ، إن المقصد الأصلى والمحل هما عنصران متمايزان ، ولكنهما متلازمان ، فإذا ما انفك هذا التلازم ، بأن كان المحل غير منسجم مع هذا المقصد الأصلى ، كانت النتيجة بطلان العقد .

ولعلنا نبطل عن طريق هذا التلازم والارتباط ، الكثير من العقود التى يتم إبطالها عن طريق المحل المصلحى .

٥٣٤ — **المقصد الأصلى والسبب الفنى** : إذا شئنا أن نقابل بين المقصد الأصلى فى مفهومه الإسلامى ، مع السبب الفنى فى مفهومه اللاتينى ، نجد أن بين هذين المفهومين ، وجوه شبه ووجوه خلاف أما وجوه الشبه ، فنجدها فى خصائص هذين المفهومين ، فكل منهما موضوعى ، داخل فى العقد ، لا يتغير . فنى عقد البيع مثلا السبب الفنى لالتزام البائع بنقل ملكية المبيع هو التزام المشترى بدفع الثمن . والمقصد الأصلى لعقد البيع « هو نقل الملكية بعوض » ، فإذا ما ألقينا نظرة على هذين المفهومين

نجد أنهما يشتركان فى الخصائص المشار إليها . وهذه الخصائص هى التى تـكشف عن الغاية النوعية للعقد الذى يتصلان به . أما وجوه الخلاف بينهما ، فنجدها فى تلازم المفهوم الأول مع الإرادة الخاصة ، وانفكاك الثانى عنها فى المثال السابق يكون السبب الفنى لالتزام البائع أى «الغرض المباشر الذى يرمى إلى الوصول إليه من وراء التزامه» متلازماً مع إرادة البيع ، وإن كان متميزاً عنها . أما المقصد الأصلى لهذا العقد ، وهو «نقل الملـكية بعوض» ، فهو فى الأصل منفك عن هذه الإرادة ، غير متلازم معها وهذا التلازم إذا شئنا أن نبحث عنه ألفيناه متحققاً بين المقصد الأصلى وإرادة الشارع لا إرادة العاقد . فالإرادة الأولى لا الإرادة الثانية ، هى التى تحدد هذا المقصد ، وهى التى تضعه موضع التنفيذ ، كما سنرى ذلك فى نظرية الجملية فى بحث دور التعبير عن الإرادة فى نفاذ التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى .

٥٣٥ — **المقصد الأصلى والسبب المصلحى** : على أننا إذا وجدنا بين السبب الفنى والمقصد الأصلى نقاط التقاء ونقاط افتراق فلسنا نجد بين المقصد الأصلى والسبب المصلحى إلا نقاط افتراق فحسب ذلك أن هذين المفهومين لا يلتقيان البتة . بل هما يفترقان فى ناحية جوهرية فالأول منهما ذو شكل مادى خارجى باعتباره محدداً لوظيفة التصرف . وهو لا يبحث عنه فى سلسلة النيات ، التى يراد تحقيقها فى المحيط النفسى للشخص .

أما الثانى أى السبب المصلحى ، فهو اعتبار ذهنى داخلى ، وهو باعث نفسى دافع لإرادة منشىء التصرف .

٥٣٦ — **المقصد الأصلى والحكمة** : الحـكمة ، هى الباعث على تشريع الحـكم من جلب مصلحة أو دفع مفسدة ، وهى الغاية المقصودة فى تشريعه . أما المقصد الأصلى فهو الحـكم الذى يترتب على هذه الحكمة وهو أما أن يكون مفسدة مستدفعة أو مصلحة مجتلبة : فحـكمة المعاوضات مثلا هى دفع الحرج عن الناس ، أما مقصدها فهو إباحة المعاوضة ونقل الملـكية فيها بعوض .

المطلب الثانى

المقصد الأصلى وإرادة الشارع

٥٣٧ — عند مقارنتنا المقصد الأصلى بالسبب الفنى قلنا ، إن الأول يتصل بإرادة الشارع ، وينفصل عن إرادة العاقد ، خلافاً للثانى . ويشهد لذلك الاتصال وهذا الانفصال نصوص عديدة ننقلها فيما يلى من كتاب الموافقات لأبى اسحق الشاطبى .

(ا) تحقيق المقاصد الأصلية هو من عمل الشارع

يقول أبو إسحق فى هذا المعنى : « والدليل على ذلك ما ثبت فى الكلام من أن الذى للمكلف تعاطى الأسباب وإنما المسببات من فعل الله وحكمه لا كسب فيه للمكلف. والقرآن والسنة دالان عليه ، فما يدل على ذلك ما يقتضى ضمان الرزق كقوله تعالى : (وأمر أهلك بالصلاة ، واصطبر عليها ، لا نسألك رزقاً ، نحن نرزقك) . وفى الحديث : « لو توكلتم على الله حق توكله لرزقتم كما ترزق الطير » واستقراء هذا المعنى من الشارع مقطوع به . وإذا كان كذلك دخلت الأسباب المكلف بها فى مقتضى هذا العموم الذى دل عليه العقل والسمع . فصارت الأسباب هى التى تعلقت بها مكاسب العباد دون المسببات ، فإذاً لا يتعلق التكليف وخطابه إلا بمكتسب ، فخرجت المسببات عن خطاب التكليف ؛ لأنها ليست فى مقدورهم . ولو تعلق بها لكان تكليفاً بما لا يطاق ، وهو غير واقع[1] . »

(ب) قصد المقصد الأصلى عند انعقاد التصرف ليس بلازم .

يقول الشاطبى : « لا يلزم فى تعاطى الأسباب من جهة المكلف ؛ الالتفات إلى المسببات ولا القصد إليها ؛ بل المقصود منه الجريان تحت الأحكام الموضوعة لا غير — أسباباً كانت أو غير أسباب . . . والدليل على ذلك ما تقدم من أن المسببات راجعة إلى الحاكم المسبِّب ، وأنها ليست فى مقدور المكلف . فإذا لم تكن راجعة إليه ، فمراعاته ما هو راجع لكسبه هو اللازم ، وهو السبب ، وما سواه غير لازم ، وهو المطلوب[2] » .

(١) الموافقات ، ج ١ ، ص ١٩٠ — ص ١٩١ .

(٢) المرجع السابق ، المسألة الثالثة ، ص ١٩٣ .

(ح) تسمية الشارع للتصرف تستلزم إرادته لمقصده الأصلى .

يقول الشاطبي رحمه الله : « وضع الأسباب يستلزم قصد الواضع إلى المسببات ، أعنى الشارع . والدليل على ذلك أمور :

أحدها : أن العقلاء قاطعون بأن الأسباب لم تكن أسباباً لأنفسها من حيث هى موجودات فقط ؛ بل من حيث ينشأ عنها أمور أخر . وإذا كان كذلك لزم من القصد إلى وضعها أسباباً ، القصد إلى ما ينشأ عنها من المسببات .

والثانى : أن الأحكام الشرعية إنما شرعت لجلب المصالح أو درء المفاسد ، وهى مسبباتها قطعاً . فإذا كنا نعلم أن الأسباب إنما شرعت لأجل المسببات ، لزم من القصد إلى الأسباب القصد إلى المسببات .

الثالث : أن المسببات لو لم تقصد بالأسباب لم يكن وضعها على أنها أسباب ؛ لكنها فرضت كذلك . فهى ولابد موضوعة على أنها أسباب ، ولا تكون أسباباً إلا لمسببات . فواضع الأسباب قاصد لوقوع المسببات من جهتها[1] » .

(ى) قصد العاقد للمقصد الأصلى هو تزيد .

يقول الشاطبي « إذا ثبت أنه لا يلزم القصد إلى المسبب ، فللمكلف ترك القصد إليه بإطلاق ، وله القصد إليه . فإذا قيل لك : « لِمَ تكتسب لمعاشك بالزراعة أو بالتجارة أو بغيرها ؟ » قلت لأن الشارع ندبنى إلى تلك الأعمال ؛ فأنا أعمل على مقتضى ما أمرت به . » . . . فإن قيل لك إن الشارع أمر ونهى لأجل المصالح » . قلت « نعم ! وذلك إلى الله لا إلىّ ، فإن الذى إلىّ التسبب ، وحصول المسببات ليس إلىّ ، فأصرف قصدى إلى ما جعل إلى ، وأكل ما ليس لى إلى من هو له » .

ومما يدل على هذا أيضاً : أن السبب غير فاعل بنفسه ، بل إنما وقع السبب عنده لا به ، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب ، والعبد مكتسب له (والله خلقكم وما تعملون) ، (الله خالق كل شىء وهو على كل شىء وكيل) ، (وما تشاؤون إلا أن يشاء الله) ، (ونفس وما سواها فألهمها فجورها وتقواها) . . . وقول عمر

(١) المرجع السابق ، المسألة الرابعة ، ص ١٩٤ — ص ١٩٥ .

فى حديث الطاعون : « نفر من قدر الله إلى قدر الله » . حين قال له عمرو بن العاص : « أفراراً من قدر الله ؟ » . وفى الحديث : « جف القلم بما هو كائن فلو اجتمع الخلق على أن يعطوك شيئاً لم يكتبه الله لك لم يقدروا عليه ، وعلى أن يمنعوك شيئاً كتبه الله لك لم يقدروا عليه » .

والأدلة على هذا تنتهى إلى القطع ؛ وإذا كان كذلك فالالتفات إلى المسبب فى فعل السبب لا يزيد على ترك الالتفات إليه ؛ فإن المسبب قد يكون ، وقد لا يكون هذا وإن كانت مجارى العادات تقتضى أن يكون ، فكونه داخلا تحت قدرة الله يقتضى أنه قد يكون وقد لا يكون . ونقض مجارى العادات دليل على ذلك . وأيضاً فليس فى الشرع دليل ناص على طلب القصد إلى المسبب .

فإن قيل : قصد الشارع إلى المسببات والتفاته إليها ، دليل على أنها مطلوبة القصد من المكلف ، وإلا فليس المراد بالتكليف إلا مطابقة قصد المكلف لقصد الشارع ، إذ لو خالفه لم يصح التكليف . . . فإذا طابقه صح ؛ فإذا فرضنا هذا المكلف غير قاصد للمسببات ، وقد فرضناها مقصودة للشارع ، كان بذلك مخالفاً له ، وكل تكليف قد خالف القصد فيه ، قصد الشارع فباطل كما تبين ، فهذا كذلك .

فالجواب : إن هذا إنما يلزم إذا فرضنا أن الشارع قصد وقوع المسببات بالتكليف بها ، كما قصد ذلك بالأسباب ، وليس كذلك ، لما مر أن المسببات غير مكلف بها .

وإنما قصده وقوع المسببات بحسب ارتباط العادة الجارية فى الخلق ، وهو أن يكون خلق المسببات على أثر إيقاع المكلف للأسباب ليسعد من سعد ، ويشقى من شقى فإذاً قصد الشارع لوقوع المسببات ، لا ارتباط له بالقصد التكليفى فلا يلزم قصد المكلف إليه إلا أن يدل على ذلك دليل ؛ ولا دليل عليه . بل لا يصح ذلك لأن القصد إلى ذلك ، قصد إلى ما هو فعل الغير ، ولا يلزم أحداً أن يقصد وقوع ما هو فعل الغير ، لأنه غير مكلف بفعل الغير ، وإنما يكلف بما هو فعله ، وهو السبب خاصة فهو الذى يلزم القصد إليه ، أو يطلب القصد إليه ، ويعتبر فيه موافقة قصد الشارع[1] »

---

(١) المرجع السابق ، المسألة الخامسة ، ص ١٩٦ — ١٩٨ .

(ه) قصد العاقد الموافق لقصد الشارع الأصلى هو قصد صحيح

يقول صاحب الموافقات : « وأما أن المكلف القصد إلى المسبب فكما إذا قيل لك : « لم تكتسب ؟ » قلت : « لأقيم صلبى ، وأقوم فى حياة نفسى وأهلى ، أو لغير ذلك من المصالح التى توجد عن السبب » فهذا القصد إذا قارن التسبب صحيح ، لأنه التفات إلى العادات الجارية . وقد قال تعالى : « الله الذى سخر لكم البحر لتجرى الفلك فيه بأمره ولتبتغوا من فضله » ، وقال : « وفى آياته منامكم بالليل والنهار وابتغاؤكم من فضله » ، وقال : « فانتشروا فى الأرض وابتغوا من فضل الله » ، فمن حيث عبر بالقصد إلى الفضل عن القصد إلى السبب الذى هو الاكتساب ، وسيق مساق الامتنان من غير إنكار ، أشعر بصحة ذلك القصد . وهذا جار فى أمور الدنيا ، كقوله تعالى : « ومن يؤمن بالله ، ويعمل صالحاً ، ندخله جنات » وأشباه ذلك مما يؤذن بصحة القصد إلى المسبب بالسبب . وأيضاً فإنما محصول هذا أن يبتغى ما يهيء الله له بهذا السبب ، فهو راجع إلى الاعتماد على الله ، والالتجأ إليه فى أن يرزقه مسبباً يقوم به أمره ، ويصلح به حاله . وهذا لا نكير فيه شرعاً . وذلك أن المعلوم من الشريعة أنها شرعت لمصالح العباد ، فالتكليف كله إما لدرء مفسدة ، وإما لجلب مصلحة ، أولهما معاً . والمحظور إنما هو أن يقصد خلاف ما قصده مع أن هذا القصد لا ينبنى عليه عمل غير مقصود للشارع ، ولا يلزم منه عقد مخالف . فالفعل موافق ، والقصد موافق فالمجموع موافق[1] » .

(هـ) قصد العاقد رفع المقصد الأصلى بعد استكمال العقد لغو

يقول الشاطبى : « إن متعاطى السبب إذا أتى به بكمال شروطه ، وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالا ، وتكلف رفع ماليس له رفعه ، ومنع ما لم يجعل له منعه . فمن عقد نكاحاً على ما وضع له فى الشرع ، أو بيعاً أو شيئاً من العقود ثم قصد أن لا يستبيح بذلك العقد ما عقد عليه ، فقد وقع قصده عبثاً ، ووقع المسبب الذى أوقع سببه ، وكذلك إذا أوقع طلاقاً أو عقداً قاصداً به مقتضاه فى الشرع ، ثم قصد أن لا يكون مقتضى ذلك ، فهو قصد باطل . . . ومن هنا كان تحريم ما أحل

(١) المرجع السابق ، ص ١٩٨ — ١٩٩ .

الله عبثاً . . . لأن ما تولى الله حليته بغير سبب من المكلف ظاهر مثل ما تعاطى المكلف السبب فيه . . . وأيضاً فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها كما تقدم فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ؛ وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل ، فهذا القصد باطل[1] . »

(ز) اتصال القصد الأصلي بالإرادة الخاصة مفض إلى خروج السبب عن أصالته

يقول الشاطبي : « ولو كان قصده [المكلف] المسبَّب من السبب لكان مظِنَّة لأخذ السبب على غير أصالته ، وعلى غير قصد التعبد فيه ، فربما أدى إلى الإخلال به وهو لا يشعر . وربما شعر به ، ولم يفكر فيما عليه فيه . ومن هنا تنجر مفاسد كثيرة وهو أصل الغش في الأعمال العادية . . . أما في العاديات فظاهر ؛ فإنه لا يغش إلا استعجالاً للربح الذي يأمله في تجارته ، أو للنفاق الذي ينتظره في صناعته ، أو ما أشبه ذلك[2] . »

(ح) معارضة الإرادة الخاصة المقصد الأصلي معارضة للقدر

يقول الشاطبي : « وأما خروج [المتسبب الناظر في المسبب] عما هو له إلى ما ليس له ، فلأنه إذا قصد عين المسبب أن يكون أولا يكون ، كان مخالفاً لمقصود الشارع . إذ قد تبين أن المسبب ليس للمكلف ، ولم يكلف به ؛ بل هو لله وحده . فمن قصده فالغالب عليه بحسب إفراطه أن يكون قاصداً لوقوعه بحسب غرضه المعين . وهو إنما يجري على مقتضى إرادة الله تعالى ، لا على وفق غرض العبد المعين من كل وجه . فقد صار غرض العبد وقصده مخالفاً بالوضع لما أريد له ؛ وذلك خارج عن مقتضى الأدب ، ومعارضة للقدر ، أو ما هو ينحو ذلك النحو . وقد جاء في الصحيح التنبيه على هذا المعنى بقوله عليه الصلاة والسلام : « المؤمن القوي خير وأحب إلى الله من المؤمن الضعيف وفي كل خير ، إحرص على ما ينفعك ، واستعن بالله ، ولا تعجز ، وإن أصابك شيء فلا تقل . لو أني فعلت كذا كان كذا ! ولكن قل : قدر الله ، وما شاء الله فعل ، فإن (لو) تفتح عمل الشيطان . » فقد نبهك على أن (لو) تفتح عمل الشيطان ، لأنه

(١) المرجع السابق ، المسألة التاسعة ، ص ٢١٤ — ص ٢١٥ .

(٢) المرجع السابق، ص ٢٢١ .

التفات إلى المسبب فى السبب ، كأنه متولد عنه أو لازم له عقلا . بل ذلك قدر الله ، وما شاء فعل ، إذ لا يعنيه وجود السبب ، ولا يعجزه فقدانه[1] . »

المطلب الثالث

دور المقصد الأصلى كوسيلة فنية

§ ١ — المقصد الأصلى للعقد ومقاصده التابعة

٥٣٨ — يقصد بالمقصد الأصلى للعقد ، الغرض الأساسى منه ، وهو كما رأينا الغاية النوعية أو الحكم الأصلى الذى جعل العقد طريقاً مشروعاً للوصول إليه . أما مقاصد العقد التابعة ، فهى أغراضه الثانوية ، وهى المطالبات والالتزامات التى تنشأ من العقد لتحقيق مقصده الأصلى ، وتأكيده ، وتثبيته . فى عقد البيع مثلا ، المقصد الأصلى ، هو نقل الملكية بعوض . أما مقاصده التابعة ، فهى إما أن تكون لمصلحة البائع ، كالتزام المشترى بدفع الثمن . وإما أن تكون لمصلحة المشترى ، وهى كالتزام البائع بتسليم المبيع ، والتزامه بضمان الهلاك ، والاستحقاق ، والعيب ، وما إلى ذلك .

٥٣٩ — *ثمرة التمييز بين المقصد الأصلى للعقد ومقاصده التابعة* : لهذا التمييز ثمرتان : أولاهما : أن المقصد الأصلى للعقد يتحقق فور انعقاد العقد ، ولا يحتاج إلى عمل من العاقد لتنفيذه . أما المقاصد التابعة ، فهى بحاجة إلى تدخل العاقد لتحقيقها . فالتزام البائع بتسليم المبيع مثلا ، لا يتحقق إلا بوساطة البائع . ثانيهما : أن المقصد الأصلى للعقد يكشف ، كما رأينا ، عن غايته النوعية ، أما مقاصده التابعة ، فلا تحمل السمة المميزة للعقد . فالالتزام بالتسليم مثلا يشترك فيه عقد البيع وعقد الإيجار .

§ ٢ — المقصد الأصلى هو أساس التزام العاقدين

٥٤٠ — يبين مما تقدم أن المقصد الأصلى للعقد ذو مظهرين : مظهر شرعى يتم عن طريق الشارع ويكون فى البيع مثلا : « نقل الملكية بعوض » . ومظهر عملى ،

---

(١) المرجع السابق ، ص ٢٢٥ — ٢٢٦ .

يتم عن طريق العاقد ، ويكون فى البيع : « مبادلة المال بالمال » . ويتصف هذا المظهر الأخير بأمرين :

(١) فهو أولا مرتبط بالمظهر الأول ارتباطاً ضرورياً ، وهو منه بمثابة الغاية من الوسيلة ، كما يعبر عن ذلك الكاسانى بقوله : « وأما الأحكام التى هى من التوابع للحكم الأصلى للبيع ، فمنها وجوب تسليم المبيع والثمن ، فتسليم البدلين واجب على العاقدين ، لأن العقد أوجب الملك فى البدلين ، ومعلوم أن الملك ما ثبت لعينه ، وإنما ثبت وسيلة إلى الانتفاع بالمملوك ، ولا يتهيأ الانتفاع به إلا بالتسليم ، فكان إيجاب الملك فى البدلين شرعاً ، إيجاب لتسليمهما ضرورة[١] » .

(٢) وهو ثانياً ، المقصد الحقيقى فى التصرف ، ويعبر عن ذلك صاحب البدائع فيقول : « ولأن معنى البيع [المقصد الأصلى] لا يحصل إلا بالتسليم والقبض ، لأنه عقد مبادلة ، وهو مبادلة شىء مرغوب فيه بشىء مرغوب فيه ، وحقيقة المبادلة فى التسليم والقبض ، لأنها أخذ بدل وإعطاء بدل ، وإنما قول البيع والشراء هو الإيجاب والقبول ، جعل دليلا عليها[٢] » . فالمقصد الأصلى فى ثوبه العملى إذن هو سبب المقصد الأصلى فى ثوبه النظرى وإن شئت فسمه سبب السبب .

وهذا المقصد الأصلى فى مظهريه هو أساس التزام العاقدين :

٥٤١ — (١) فالمقصد الأصلى فى مظهره الأول ، هو أساس التزام المشترى بدفع الثمن ، ويقول الكاسانى فى هذا الصدد : « وليس للمشترى أن يمتنع من تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع إذا كان المبيع حاضراً ، لأن البيع عقد معاوضة ، والمساواة فى المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة ، وحق المشترى فى المبيع قد تعين بالتعيين فى العقد ، وحق البائع فى الثمن لم يتعين بالعقد ، لأن الثمن بالذمة ، فلا يتعين إلا بالقبض ،

---

(١) البدائع جـ ٥ ص ٢٤٣ .

(٢) المرجع السابق . راجع أيضاً الكاسانى ، جـ ٤ ، ص ١٧٩ — ١٨٠ حيث يعلل صحة العقد ، فى حالة جهالة المعقود عليه ، بانعدام مقصده الأصلى فى قوله « لأن الجهالة المفضية إلى المنازعة تمنع من التسليم والتسلم ، فلا يحصل المقصود من العقد ، فكان العقد عبثا لخلوه عن العاقبة الحميدة ، وإذا لم تكن مفضية إلى المنازعة ، يوجد التسليم والتسلم ، فيحصل المقصود . »

فيسلم الثمن أولا ليتعين ، فتتحقق المساواة[1] » . « ولأن المعاوضات مبناها على المساواة عادة وحقيقة ، ولا تتحقق المساواة إلا بتقديم تسليم الثمن ، لأن المبيع متعين قبل التسليم ، والثمن لا يتعين إلا بالتسليم ، فلا بد من تسليمه أولا ، تحقيقاً للمساواة[2] » .

فنقل الملكية ، وهو القصد الأصلي فى مظهره الأول ، هو أساس التزام المشترى بدفع الثمن لأن هذا القصد قد جعله فى مركز راجح بنقل ملكية المبيع إليه ، وهذا النقل قد منحه حقاً عينياً راجحاً على حق البائع الشخصى ، الذى مؤداه مطالبة المشترى بدفع الثمن وهو حق معرض للهلاك ؟ وقد يقول قائل : أو ليس المبيع أيضاً معرضاً للهلاك ؟ ولكنا نقول إن هلاك المبيع نادر ، لأن الفرض أنه موجود فى مجلس العقد ، وهلاك المبيع ثانياً يفضى إلى انفساخ العقد أى إلى سقوط التزام المشترى بدفع الثمن . أما هلاك الثمن فليس يفضى إلى سقوط التزام البائع بتسليم المبيع ، وإنما يؤدى إلى منحه حق حبس هذا المبيع مع بقائه ملكا للمشترى .

٥٤٢ — (٢) إن القصد الأصلى فى مظهره الثانى ، هو أساس امتناع المشترى عن دفع الثمن عند هلاك المبيع . لأن أساس التزام المشترى بدفع الثمن ، هو « مبادلة المال بالمال » وما دامت هذه المبادلة قد تعذرت لعجز البائع عن التسليم ، فإن التزام المشترى يسقط .

ننتهى مما تقدم إلى أن السبب فى الالتزام ليس هو « الغرض المباشر الذى يرمى إليه العاقد من وراء التزامه » وبعبارة أخرى إن سبب التزام المشترى بدفع الثمن ليس هو التزام البائع بتسليمه المبيع . وإنما هو القصد الأصلى ، أى نقل الملكية بعوض ، الذى جاء العقد لتحقيقه ؛ أو كما يقول الكاسانى : « إن تسليم البدلين واجب على العاقدين ؛ لأن العقد أوجب الملك فى البدلين ؛ ولأن معنى البيع لا يحصل إلا بالتسليم والقبض . »

وواضح أن ارتباط الالتزام بسببه فى ظل نظرية القصد الأصلى ، هو ارتباط ضرورى مادى ، شبيه بارتباط الوسيلة بالغاية ، لا ارتباط نفسى معنوى ، كما هو الحال فى السبب فى مفهومه التقليدى .

---

(١) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٧ .

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٤٩ .

§ ٣ — المقصد الأصلى هو المسوغ لحماية الشارع للتصرف

٥٤٣ — بقى أن نقول إن المقصد الأصلى للتصرف هو مصدر قوته الإلزامية ، وهو المسوغ لحماية الشارع له ، ففى عقد البيع مثلا ، إن نقل الشارع للملكية بمجرد العقد ، هو الذى يسوغ للبائع حق مطالبة المشترى بالثمن ، وهو الذى يسوغ للمشترى حق مطالبة البائع بتسليم المبيع . وهذه المطالبات التى تؤكد المقصد الأصلى وتقويه ، والتى عبرنا عنها بالمقاصد التابعة ، تجد فى المقصد الأصلى حامياً لها ، ومسوغاً لإلزامها . إذ لولاه لفقدت أساسها ، ولامتنع على المشترى عندها قبض المبيع ، ولاعتبر آنذاك غاصباً متعدياً ، لا صاحب حق يحميه المشرع .

وكذلك الحال فى النكاح ، إن المقصد الأصلى ، كما رأينا ، هو حل المتعة الزوجية وهذا المقصد هو الذى يسوغ مقاصده التابعة ، من مطالبة الزوجة بالطاعة ، ومطالبة المرأة للرجل بالنفقة ، ولولا هذا المقصد لفقدت هذه المطالبات أساسها ، ولاعتبر اتصال الرجل بالمرأة سفاحاً يعاقب عليه الشارع ، لا نكاحاً يستظل بحمايته وسنده .

المبحث الثانى

السبب المصلحى

٥٤٤ — استعرضنا فى المبحث السابق السبب باعتباره عنصراً فنياً فى الفقه الإسلامى ، وانتهينا إلى أنه لا وجود لهذا السبب فى الفقه الإسلامى فى مفهومه اللاتينى الفرنسى ، ورأينا أيضاً أن لهذا السبب الفنى دورين : دوراً عند نشوء الالتزام ، ودوراً عند تنفيذه ثم استعرضنا وسائل الفقه الإسلامى فى أداء هذه الوظائف ، وانتهينا إلى أن شرائط العقد ، وفكرة العدالة تسدان مسد السبب الفنى ، وبحثنا أخيراً فكرة المقصد الأصلى فى الفقه الإسلامى فى ضوء النظرية المادية الايطالية فى السبب وانتهينا إلى أن هذه الفكرة تصلح أساساً لنظرية جديدة للسبب الفنى فى الفقه الإسلامى .

وننتقل هنا لبحث دور السبب المصلحى فى التصرف القانونى ، ولقد سبق أن رأينا أن مقتضى هذا السبب أن لا يقف القاضى عند مجرد توافر شروط التصرف

وأركانه ، من الوجهة الفنية ، بل يترتب عليه تحرى البواعث والدوافع التى دفعت صاحب التصرف ، إذ ليس يكفى أن يتوافر الإيجاب والقبول متطابقين ، و أن تكون أهلية العاقدين تامة ، ومحلية العقد قابلة لحكمه ، لكى يحكم القاضى بصحة التصرف ذلك أن العاقدين قد يستخدمان الوسائل الفنية المشروعة لتحقيق غايات غير مشروعة وعندئذ يتعين على المشرع أن لا يقرهما على ذلك ، وعلى القاضى أن يتعقب تلك الغاية المشروعة التى يرميان إليها ، يقوده فى ذلك معيار النظام العام والآداب العامة فى التشريع الذى بين يديه .

ففى المجتمع الإسلامى حيث يقضى الشارع بتحريم الغناء ، والنوح ، والخمر ، والدم والميتة ، والخنزير ، والأصنام ، والزنا ، والتلهى ، وصنع الصلبان ، ... يبطل القاضى كل عقد ينصب على إحدى هذه المحرمات ، لأن هذه العقود تعتبر متعارضة مع النظام العام الإسلامى . وعلى القاضى قبل أن يقرر بطلان العقد ، أن يبحث أولا فى بنية العقد من الناحية الفنية ، فإذا ما تأكد من سلامتها ، بأن توافرت فيها الوسائل الفنية الموضوعية ، انتقل بعد ذلك إلى منطقة السبب المصلحى ، وبحث عما إذا كان ثمة بواعث دافعة غير مشروعة تمس مصلحة المجتمع وآدابه . وهذه البواعث أسميناها « السبب المصلحى » ، لأن مصلحة المجتمع تحمى عن طريق توافرها مشروعةً فى التصرف القانونى . وعلى هذا فإذا ما تناول عقد الإيجار مثلا استئجار فتاة للخدمة ، كان العقد صحيحاً من الناحية الفنية والمصلحية ، لأن العقد قد توافرت فيه شروطه وأركانه ولم يهدف إلى ما يخل فى مصلحة المجتمع . أما إذا كان الدافع على استخدام الفتاة الزنا بها ، أو الاستمتاع بغنائها ، أو تسخيرها للندب والنوح ، أو لبيع الخمر ، أو لنحت الأصنام ، أو زخرفة البيت بالتماثيل ، أو لرعى الخنازير ، أو لصنع الصلبان . . . كان العقد باطلا ، لأن السبب المصلحى فيه لم يتوافر مشروعا ، وإنما توافر فيه غير مشروع فينتهى إلى هدم العقد الذى تلوث بعدم مشروعيته .

٥٤٥ — اختلاف مذاهب الفقه الإسلامى فى نظرية السبب المصلحى :

ولكن هل يهدم السبب المصلحى غير المشروع العقد فى الفقه الإسلامى ، بدون قيد ولا شرط ، أم أن ثمة شروطاً يجب توافرها ، لكى يفسد هذا السبب التصرف الذى قام

عليه؟ الواقع أن ثمة شرطين لإعمال هذا السبب : شرط متفق عليه ، وشرط مختلف فيه. أما الشرط المتفق عليه ، فهو علم العاقد الآخر بالسبب المصلحى الذى حدا بالطرف الآخر إلى التعاقد . فليس ثمة فى المذاهب الإسلامية من يجعل السبب المصلحى غير المشروع سبباً لهدم التصرف إذا جهله العاقد الآخر . ولعل مرد ذلك نزعة الفقه الإسلامى نحو استقرار التعامل .

أما الشرط المختلف فيه فهو ظهور هذا السبب المصلحى فى صلب العقد باعتباره جزءاً من التعبير عن الإرادة :

(ا) فمن الفقهاء — وهم أنصار النظرية الموضوعية — من ذهب إلى ضرورة ظهور هـذا السبب فى الإرادة الظاهرة نفسها ، واشترط دخوله فى دائرة التعاقد ، بحيث لا يحفل به المشرع إذا ظل متوارياً عنها .

(ب) ومن الفقهاء — وهم أنصار النظرية الذاتية — من لم يشترط ظهور السبب المصلحى فى متن العقد ، ما دام الطرف الآخر على علم به .

٥٤٦ — ويلاحظ بادىء ذى بدء ، أن القيد الذى تضمه النظرية الموضوعية على السبب المصلحى ، باشتراط ظهوره فى صيغة العقد ، يفضى إلى ضيق الاعتداد بالباعث لدى القائلين بهذه النظرية فى المذهبين الحنفى والشافعى . على أن هذا القيد لا ينبو عن النزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى بصورة عامة .

ويلاحظ ثانياً ، أن إعمال السبب المصلحى لدى المذهبين المالكى والحنبلى ، بدون اشتراط ظهوره فى صلب العقد يفضى إلى ازدهار نظرية السبب المصلحى الذاتية فى هذين المذهبين . وهذا الازدهار ليس بالأمر المستغرب فى شريعة دينية تعطى للاعتبارات الأدبية والخلقية المكان الأسمى .

الفرع الأول

النظرية الموضوعية فى السبب المصلحى فى الفقه الإسلامى

٥٤٧ — تذكرنا النظرية الموضوعية فى السبب المصلحى فى الفقه الإسلامى باتجاه القانون الألمانى فى هذا الصدد . فكما أن هذا القانون ، لا يعتد بالسبب

المصلحى إلا إذا كان جزءاً من التعبير عن الإرادة ، فكذلك الحال فى النظرية الموضوعية . على أن الفقه الاسلامى إن كان يلتقى مع القانون الألمانى فى المبدأ القائل بأن السبب المصلحى لا يعتد به إلا إذا كان فى صلب العقد فهو يفترق عنه فى مبدأ آخر بزّ فيه الفقه الاسلامى القانون الألمانى فى إمعانه فى الموضوعية وهو المبدأ القائل إن التعبير هو الإرادة ذاتها .

ولقد تسنى لنا فى الأبحاث السابقة من هذه الرسالة ، التدليل على المبدأ الثانى ، ونباشر الآن فى تفصيل شطرى المبدأ الأول وهما :

(١) يُعتد بالسبب المصلحى إذا كان فى صلب التعبير عن الإرادة .

(٢) لا يُعتد بالسبب المصلحى إذا لم يكن فى صلب التعبير عن الإرادة .

المطلب الأول

يعتد بالسبب المصلحى إذا كان فى صلب التعبير عن الإرادة

٥٤٨ — ليس يقتصر الاعتداد بالسبب المصلحى على الحالات التى يكون فيها مذكورا بصورة صريحة فى صلب التعبير عن الارادة . بل يتعداها إلى الحالات التى يذكر فيها السبب ضمناً ، بمعنى أنه يمكن استخلاصه من الملابسات المقارنة للتعبير ، فلدينا إذن حالتان .

الحالة الأولى : السبب المصلحى مذكور صراحة فى صيغة العقد

٥٤٩ — لكى يكون السبب المصلحى محل اعتبار ، يجب أن يذكر صراحة فى صيغة العقد . والعاقدان إذ يصرحان بهذا السبب المصلحى ، يسفران عن البواعث التى حدت بهما إلى التعاقد وعندها يتسنى للقاضى أن يحكم على التصرف الذى أبرماه ، على ضوء هذا الباعث الدافع . فإن كان مشروعاً اعتبر التصرف مشروعاً وإلا فلا .

وغير خاف ، أن اشتراط التصريح بالسبب المصلحى لإعمال آثاره يضبط التعامل

ولا يفسح المجال للارتكان والتهمة ، ويريح القاضي من عناء سبر أعماق النفس ، والتعرف على الدوافع البعيدة فى ضمير المتعاقد ، فمن الخير إذن ، أن يدخل السبب المصلحى فى دائرة التعاقد ، وأن يكون جزءاً من التعبير . فعندها يقف القاضي عند الإرادة الظاهرة وما تحمله فى متنها من بواعث ودوافع ، ولا يتخطاها إلى النوايا المستكنة فى النفس . فإذا كانت الإرادة الظاهرة خالية من الباعث غير المشروع ، حكم القاضى بصحة العقد ، دون أن يكلف نفسه عناء التنقيب فى نفس المتعاقد عن البواعث الخفية غير المشروعة الدافعة للتعاقد .

ولعل أقوى نص وجدناه فى الإفصاح عن صيغة هذه النظرية الأولى ، هو نص عزاه ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين للشافعى ، قال فيه :

« ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك ، فإن هذه العقود التى لم يشترط المحرم فى صلبها عقود صدرت من أهلها ، فى محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها ، لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية التعاقد لا نزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة[(١)] » .

فالشافعى يصرح فى هذا النص أنه ما دام قد توافرت المقتضيات الفنية فى التصرف ، من « إيجاب وقبول ، وأهلية ، وقابلية المحل لحكم العقد » ، فلا عبرة بعدها ، للسبب المصلحى (القصد الخفى) فى بطلان هذه المقتضيات الفنية الظاهرة .

ويقول فى مكان آخر « والنية لا تغير موجب السبب (التصرف) . » ويقول أيضاً : « فالقصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد » وهذه أقوى صيغة وجدناها للشافعى ، للتعبير عن أن السبب المصلحى ، هو خارج عن دائرة التعاقد . ويصور الشافعى أيضاً فى مكان آخر ، خروج السبب المصلحى عن دائرة التعاقد ، فيقول إنه : « منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه[(٢)] » .

(١) إعلام الموقعين ، جـ٣ ، ص ١٧٢ — ١٧٣ .
(٢) نفس المرجع .

ويقارن الشافعى فى مكان آخر ، بين الوسيلة الفنية ، والوسيلة النفسانية . فيرى إعمال الأولى وإهمال الثانية رغم اشتراكهما فى طابع الذاتية أحياناً . فهو يرى مثلا أن الرضا إذا تخلف لم يقم العقد لتخلف وسيلة ركنية فنية . أما إذا كان القصد غير مشروع ، فلا عبرة له « لأنه منقطع عن السبب » أى خارج عن دائرة التعاقد . يقول الشافعى رحمه‌الله : « فالقصد لا يقدح فى اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد ، ولهذا لو اشترى سلاحاً ، ومن نيته أن يقتل به معصوماً ، فكل ذلك لا أثر له فى صحة البيع من جهة أنه منقطع عن السبب ، فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه . وقد ظهر بهذا ، الفرق بين هذا القصد ، وبين الإكراه . فإن الرضاء شرط فى صحة العقد ، والإكراه ينافى الرضا[1] » .

ويدلل فى مكان آخر أيضاً على أن المقتضيات الفنية للتصرف كافية ؛ وأنه لاسبيل للسبب المصلحى فى الدخول فى هذا النطاق الفنى ، وإعدام آثاره . ذلك أن هذه الآثار قد قصر القانون إناطتها على وسائل العقد الفنية ، لا النفسانية . يقول : « فإذا كان السبب ظاهراً متعيناً لمسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر فى تغيير حكمه ، يوضحه . إن النية لا تؤثر فى اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية فى تغييرها[2] » .

ويشرح الشافعى نظريته هذه ، فى عبارة قوية فى كتاب الأم ، فيقول :

« أصل ما أذهب إليه ، أن كل عقد كان صحيحاً فى الظاهر ، لم أبطله بتهمة ، ولا بعادة بين المتبايعين ، وأجزته بصحة الظاهر ، وأكره لهما النية إذا كانت النية لو أظهرت كانت تفسد البيع . وكما أكره للرجل أن يشترى السيف على أن يقتل به ، ولا يحرم على بائعه أن يبيعه ، ممن يراه ، أن يقتل به ظالماً ، لأنه قد لا يقتل به ، ولا أفسد عليه هذا البيع . وكما أكره للرجل أن يبيع العنب ممن يراه أنه يعصره خمراً ، ولا أفسد عليه البيع إذا باعه إياه ، لأنه باعه حلالا . وقد يمكن ألا يجعله خمراً أبداً ، وفى صاحب السيف ألا يقتل به أحداً أبداً . ولو نكح رجل امرأة عقداً صحيحاً وهو

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٧١ .
(٢) المرجع السابق .

بنوى ألا يمسكها إلا يوماً أو أقل أو أكثر ، لم أفسد النكاح ، وإنما أفسده أبداً بالعقد الفاسد[1] . »

ونستعرض فيما يلى نصوصاً من الفقهين الشافعى والحنفى ، لا يعمل فيهما السبب المصلحى ، إلا إذا كان مذكوراً فى صيغة العقد .

المذهب الشافعى

وننقل فيما يلى رأى الشافعية ، كما ساقه ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ١٧٦ :

« قال الشافعى وأبو ثور : المحلل الذى يفسد نكاحه هو الذى يعقد عليه فى نفس عقد النكاح أنه إنما يتزوجها ليحلها ثم يطلقها ، **فأما من لم يشترط ذلك** فى عقد النكاح ، فعقده صحيح ، لا داخلة فيه ، سواء شرط ذلك عليه قبل العقد أو لم يشرط ، نوى أو لم ينوه . قال أبو ثور ، وهو مأجور . .

ثم قواعد الفقه وأدلته لا تحرم مثل ذلك . فإن هذه العقود **التى لم يشترط المحرم فى صلبها** عقود صدرت من أهلها ، فى محلها ، مقرونة بشروطها ، فيجب الحكم بصحتها . لأن السبب هو الإيجاب والقبول ، وهما تامان ، وأهلية العاقد لانزاع فيها ، ومحلية العقد قابلة ، فلم يبق إلا القصد المقرون بالعقد ، ولا تأثير له فى بطلان الأسباب الظاهرة ، لوجوه :

أحدها أن المحتال مثلا إنما قصد الربح الذى وضعت له التجارة ، وإنما لكل امرئ مانوى ، فإذا حصل له الربح حصل له مقصوده ، وقد سلك الطريق المفضية إليه فى ظاهر الشرع .

والمحلل غايته أنه قصد الطلاق ونواه إذا وطىء المرأة ، وهو مما ملكه الشارع إياه ، فهو كما لو نوى المشترى إخراج المبيع عن ملكه إذا اشتراه . وسر ذلك أن السبب مقتض لتأبد الملك ، والنية لا تغير موجب السبب حتى يقال إن النية توجب تأقيت

---

(١) الأم للشافعى ، جـ ٣ ، ص ٦٥ .

المقد ، وليست هي منافية لموجب العقد ، فإن له أن يطلق . ولو نوى بعقد الشراء إتلاف المبيع وإحراقه أو إغراقه . لم يقدح في صحة البيع ، فنية الطلاق أولى .

وأيضاً **فالقصد لا يقدح في اقتضاء السبب لحكمه ، لأنه خارج عما يتم به العقد** ، ولهذا لو اشترى عصيراً ومن نيته أن يتخذه خمراً ؛ أو جارية ومن نيته ان يكرهها على البغاء ، أو يجعلها مغنية ؛ أو سلاحاً ، ومن نيته أن يقتل به معصوماً . فكل ذلك لا أثر له في صحة البيع ، من جهة **أنه منقطع عن السبب فلا يخرج السبب عن اقتضاء حكمه** .

وقد ظهر بهذا الفرق ، بين هذا القصد ، وبين الإكراه ؛ فإن الرضاء شرط في صحة العقد ، والإكراه ينافي الرضاء ، وظهر أيضاً ، الفرق بينه ، وبين الشرط المقارن ؛ فإن الشرط المقارن يقدح في مقصود العقد . فغاية الأمر ، أن العاقد قصد محرماً ، لكن ذلك لا يمنع ثبوت الملك ، كما لو تزوجها ليضارّ بها امرأة له أخرى .

ومما يؤيد ذلك ، **أن النية انما تعمل في اللفظ المحتمل** للمنوى وغيره ، مثل الكنايات ، ومثل أن يقول اشتريت كذا ، فإنه يحتمل أن يشتريه لنفسه ، ولموكله فإذا نوى أحدهما صح .

فاذا كان السبب ظاهرا متعينا لمسببه ، لم يكن للنية الباطنة أثر في تغيير حكمه ، يوضحه ، **أن** النية لا تؤثر في اقتضاء الأسباب الحسية والعقلية المستلزمة لمسبباتها ، ولا تؤثر النية في تغييرها .

يوضحه ، أن النية ، إما أن تكون بمنزلة الشرط ، أو لا تكون . فإن كانت بمنزلة الشرط لزم أنه إذا نوى أن لا يبيع ما اشتراه ، ولا يهبه ، ولا يتصرف فيه ، أو نوى أن يخرجه عن ملكه ، أو نوى أن لا يطلق الزوجة ، ويبيت عندها كل ليلة ، أو لا يسافر عنها ، بمنزلة أن يشترط ذلك في العقد ، وهو خلاف الإجماع . وإن لم يكن بمنزلة الشرط فلا تأثير له حينئذ .

وأيضاً ، فنحن لنا ظواهر الأمور ، وإلى الله سرائرها وبواطنها . ولهذا يقول الرسل لربهم تعالى يوم القيامة إذا سألهم : ماذا أجبتم ؟ فيقولون : (لا علم لنا إنك

أنت علام الغيوب) كان لنا ظواهرهم ، وأما ما انطوت عليه ضمائرهم وقلوبهم ، فأنت العـالم به .

قالوا فقد ظهر عذرنا ، وقامت حجتنا ، فتبين أنا لم نخرج فيما أصلناه — من اعتبار الظاهر ، وعدم الالتفات إلى القصود في العقود ، وإلغاء الشروط المتقدمة الخالى عنها العقد ، والتحيل على التخلص من مضائق الأيمان ، وما حرمه الله ورسوله من الربا وغيره — عن كتاب ربنا ، وسنة نبينا ، وأقوال السلف الطيب » .

المذهب الحنفى

جاء فى الزيلعى : « ولا يجوز [الإستئجار] على الغناء والنوح والملاهى ، لأن المعصية لا يتصور استحقاقها بالعقد ، فلا يجب عليه الأجر من غير أن يستحق هو على الأجر شيئاً ، إذ المبادلة لا تـكون إلا باستحقاق كل واحد منهما على الآخر ، ولو استحق عليه المعصية ، لـكان ذلك مضافاً إلى الشارع ، من حيث أنه شرع عقداً موجباً للمعصية ، تعالى الله عن ذلك علواً كبيراً . ولأن الأجير والمستأجر مشتركان فى منفعة ذلك فى الدنيا ، فتـكون الإجارة على محل هو شريك فيه ... وإن أعطاه الأجر وقبضه ، لا يحل له ، ويجب عليه رده إلى صاحبه . وفى المحيط فى كتاب الاستحسان ، **اذا اخذ المال من غير شرط يباح** ، لأنه أعطاه المال عن طوع من غير عقد[1] » .

وفى الفتاوى الخانية : « رجل استأجر خلا لينزيه ، لا يجوز ذلك ولا أجر فيه ، وكذا النائحة والمغنية . . . وإن استأجر المسلم ذمياً ليبيع له خمراً أو ميتاً أو دماً لا تجوز . . . ولو استأجر رجلا لينحت له أصناماً أو ليزخرف له بيتاً بالتماثيل فلا أجر له ، كما لو استأجر نائحة أو مغنية[2] » .

وواضح من النصين السابقين ، أن صيغة العقد قد تضمنت صراحة الباعث على الإجارة ، وهو السبب المصلحى ، ولما كان هذا السبب غير مشروع ، لأنه يفضى إلى محرمات نهى الشارع عنها ، وهى الغناء والنوح ، وبيع الخمر والميتة والدم ، وصنع الأصنام والتماثيل ، ومن ثم كان عقد الإجارة ، الذى انصب على هذه المحرمات باطلا

---

(١) الزيلعى ، جـ ٥ ، ص ١٢٥ .

(٢) الفتاوى الخانية ، جـ ٢ ، ص ٣٢٢ وما ب .

وإليك نصين آخرين من كتاب بدائع الصنائع أبطل الشارع فيهما تصرفات ، كان الباعث الدافع على إبرامها ، سبب مصلحى غير مشروع ، انتظمه نص العقد

قال الكاساني : « ولا تجوز إجارة الإماء للزنا ، لأنها إجارة على المعصية . وقيل فيه نزل قوله تعالى : « ولا تكرهوا فتياتكم على البغاء ، إن أردن تحصناً ، لتبتغوا عرض الحياة الدنيا » . وروى عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه نهى عن مهر البغى ، وهو أجر الزانية على الزنا [1] . »

وجاء فى البدائع : « ولو اشترى قُمرية على أنها تصوت ، أو طيراً على أنه يجىء من مكان بعيد ، أو كبشاً على أنه نطاح ، أو ديكاً على أنه مقاتل ، فالبيع فاسد عند أبى حنيفة رحمه الله ، وهو أحد الروايتين عن محمد رحمه الله . لأن هذه صفات يتلهى بها عادة ، والتلهى محظور ، فكان شرطاً محظوراً ، فيوجب فساد البيع ، ولو اشترى جارية على أنها مغنية على سبيل الرغبة فيها ، فالبيع فاسد ، لأن التغنية صفة محظورة لكونها لهواً ، **فشرطها فى البيع يوجب فساده** . ولو اشترى جارية على أنها مغنيةعلى وجه إظهار العيب ، جاز البيع ، لأن هذا بيع بشرط البراءة عن هذا العيب ، فصار كما لو باعها بشرط البراءة عن عيب آخر ، فإن وجدها لا تغنى لاخيار له ، لأن الغناء فى الجوارى عيب ، فصار كما لو اشترى على أنه معيب فوجده سليما [2] » .

والمثال الأخير يظهر بجلاء كيف أن الشىء الواحد قد يكون مشروعاً أو غير مشروع تبعاً لنية المتعاقدين . ففى مثال الجارية ، إذا كان الباعث على شرائها الرغبة فى غنائها كان العقد فاسداً ؛ لعدم مشروعية سببه المصلحى ، لأن التلهى محظور . أما إذا كان الغناء لم يكن هو الباعث على التعاقد وكانت الإشارة فى العقدإلى كون الجارية مغنية ، هو على سبيل إظهار عيبها ، لم يكن السبب المصلحى غير مشروع ، ومن ثم كان العقد صحيحا .

وجاء فىالبدائع أيضا : « **فاما اذا شرط** ، بأن استأجرذمى داراً من مسلم فى

---

(١) البدائع ، جـ ٤ ، ص ١٩٠ .

(٢) البدائع ، جـ٥ ، ص ١٦٩ .

مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة لأنه استئجار على معصيه [1] . »

وفى ابن عابدين : « لا تصح الإجارة لأجل المعاصى مثل الغناء والنوح والملاهى، **ولو أخذ بلا شرط يباح** والملاهى هى كالمزامير والطبل، وإذا كان الطبل لغير اللهو ، فلا بأس به ، كطبل الغزاة والعرس لما فى الأجناس ، ولا بأس أن يكون ليلة العرس دف يضرب به ليعلن النكاح وفى الولو الجيه ، وإن كان للغزو ، أو القافلة ، يجوز اتقانى ملخصاً .

وفى المنتقى :امرأة نائحة أو صاحبة طبل أو زمر اكتسبت مالا ، ردته على أربابه إن علموا ، وإلا تتصدق به ، **وإن من غير شرط فهو لها** . قال الإمام الأستاذ لا يطيب ،والمعروف كالمشروط اه قلت ، وهذا إنما يتعين الأخذ به فى زماننا ، لعلمهم أنهم لا يذهبون إلا بأجر ألبتة [2] »

ويلاحظ أن عقدإجارة أدوات الملاهى تدور صحته حول الغرض من الانتفاع بهذه الأدوات المذكورة فى العقد . فإن كان يهدف إلى اللهو المحض كان العقد فاسداً . وإن كان لإعلان العرس أو للغزو أو للقافلة كان العقد صحيحاً .

الحالة الثانية : السبب المصلحى مستخلص من ملابسات التصرف

٥٥٠ — قد لا يستخلص السبب المصلحى صراحة من نص التعبير عن الإرادة بل يستشف من الملابسات المقارنة لهذا التعبير . وهنا نجد تباينا واضحا فى مسلك المذهبين الشافعى والحنفى . فبينما يحرص المذهب الأول على نزعته الموضوعية ، فلا يخرج عن متن التعبير نفسه ، ويشترط ذكر السبب المصلحى صراحة فى العقد . نجد المذهب الحنفى يعتد بالملابسات المقارنة للتعبير ، ويجعلها عاملا فى إعمال السبب المصلحى ، إذا كشفت هذه الملابسات عن عدم مشروعيته .

ونضرب فيما يلى مثالين إحداهما فى بيع العِينة ، والثانى فى طلاق الفار ،وسنجد أن

(١) البدائع ، جـ ٤ ، ص ١٧٦ .
(٢) رد المحتار ، جـ ٥ ، ص ٣٥ — ٣٦ .

عدم المشروعية يجازى فى أولها عن طريق إبطال التصرف القانونى نفسه . أما الثانى فإن عدم المشروعية فيه يجازى خارج نطاق التصرف القانونى . وفى كليهما نجد تباينا واضحاً بين مسلك الفقهين الشافعى والحنفى . فبينا يصحح المذهب الشافعى بيع العينة ، لأنه لم يقترن بشرط فاسد صراحة ؛ يبطل المذهب الحنفى هذا البيع ، إعمالاً للظروف المقارنة له .

وبينا يحتفظ المذهب الحنفى لمطلقة الفار ، بنصيبها الإرثى ، إعمالا للسبب المصلحى غير المشروع الذى دفع المريض مرض الموت إلى طلاق زوجته ؛ نجد المذهب الشافعى يحرم المطلقة ، من نصيبها الإرثى ، دون أن يحتفل بعدم المشروعية التى لوثت السبب المصلحى الذى دفع المريض إلى طلاق زوجته ما دام هذا الطلاق لم يتضمن شرطاً صريحاً يفسده .

٥٥١ — (١) بيع العينة : ونستعرض فيما يلى تصوير الكاسانى لخلاف المذهبين فى بيع العينة : جاء فى البدائع «وعلى هذا يخرج ما إذا باع رجل شيئاً نقداً أو نسيئة ، وقبضه المشترى ، ولم ينقد ثمنه ، أنه لا يجوز لبائعه أن يشتريه من مشتريه بأقل من ثمنه الذى باعه منه عندنا .

وعند الشافعى رحمه الله يجوز . وجه قوله ، أن هذا بيع استجمع شرائط جوازه ، **وخلا عن الشروط المفسدة اياه** ، فلا معنى للحكم بفساده ، كما إذا اشتراه بعد نقد الثمن .

ولنا ما روى أن امرأة جاءت إلى سيدتنا عائشة رضى الله عنها وقالت : « إنى ابتعت خادماً من زيد بن أرقم بثمانمائة ، ثم بعتها منه بستمائة » . فقالت سيدتنا عائشة رضى الله عنها : « بئس ما اشتريت ، وبئس ما اشتريت ، أبلغى زيداً أن الله تعالى قد أبطل جهاده مع رسول الله صلى الله عليه وسلم ، إن لم يتب » .

ووجه الاستدلال به من وجهين :

أحدهما : أنها ألحقت بزيد وعيداً لا يوقف عليه بالرأى ، وهو بطلان الطاعة بما سوى الردة . فالظاهر أنها قالته سماعاً من رسول الله صلى الله عليه وسلم . ولا يلتحق الوعيد إلا بمباشرة المعصية ، فدل على فساد البيع ، لأن البيع الفاسد معصية .

والثانى : أنها رضى الله عنها سمت ذلك بيع سوء ، وشراء سوء ، والفاسد هو الذى يوصف بذلك ، لا الصحيح . ولأن فى هذا البيع شبهة الربا . لان الثمن الثانى يصير قصاصاً بالثمن الأول . فبقى من الثمن الأول زيادة لا يقابلها عوض فى عقد المعاوضة ، وهو تفسير الربا ، إلا أن الزيادة ثبتت بمجموع العقدين ، فكان الثابت بأحدهما شبهة الربا ، والشبهة فى هذا الباب ملحقة بالحقيقة[1] » .

٥٥٢ — (ب) طلاق الفار : يكون المطلق فاراً إذا تحققت فيه الشرائط الأربع الآتية : (١) أن يطلق زوجته طلاقاً بائناً . (٢) أن يكون طائعاً . (٣) أن لا يكون الطلاق بناء على طلبها . (٤) أن تكون مستحقة للميراث من وقت الطلاق إلى وقت الوفاة من ذلك المرض . وعلى ذلك « فلو كان مكرهاً على الطلاق ، على فرض أن طلاق المكره يجوز ، كما هو مذهب الحنفية ، فإنه لا يعتبر فاراً ، . . . وإن كان بطلبها وثبت الطلب ، أو كان الطلاق على مال ، فإنه لا يعتبر فاراً ، لأن طلبها أزال مظنة الفرار ، وإن كانت غير مستحقة الميراث وقت الطلاق ، وصارت مستحقة له وقت الوفاة لا يعتبر فاراً ، كأن كانت غير مسلمة وقت الطلاق ثم أسلمت بعد الطلاق ، فإنها لا تكون مستحقة للميراث ، لأنه لا يثبت التوريث بين المسلم وغيره ، وإنما زالت فى هذه الصورة مظنة الفرار ، لأنها عند الطلاق لا يتصور ميراثها منه ، فلا يتصور فرار من أمر غير واقع ... وإذا توافرت الشروط لتحقق مظنة الفرار ومات المريض من مرضه ، وهى فى العدة ، ورثته .

وخالف فى ذلك الشافعى ، فقال إنها لا ترث كالمطلقة طلاقاً بائناً فى الصحة ، لأن الزوجية قد ارتفعت بالطلاق البائن قبل الموت ، وهى سبب التوارث بين الزوجين ، فإذا ارتفعت قبل الموت ، فقد زال سبب الميراث فلا يثبت ، ولا عبرة بمظنة الفرار ، لأن أحكام الشريعة لا تناط بالنيات الخفية ، بل تناط بالأسباب الظاهرة ، والسبب الظاهر للميراث قد زال بعمل من يملك إزالته ، فلا عبرة بنيته[2] » .

٥٥٣ — (جـ) ويلاحظ (١) أن تلوث الطلاق ، وهو تصرف صادر من جانب

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ، ص ١٩٨ ، س ٣١ .

(٢) الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٦٥ ، ص ٣١٧ — ٣١٨ .

واحد ، بعدم مشروعية السبب المصلحى لم يفض إلى بطلانه ، بدليل أن « الزوج لا يرث منها إذا ماتت قبله وهى فى العدة . . ولأن الزواج يعتبر قائماً حكماً فى حق الإرث[1] » .

ويلاحظ أن هذا القيام الحكمى للزواج وحيد الجانب فى حق الإرث ، فهو قائم فى حق الزوجة ، فترث الفار من إرثها . أما بالنسبة للرجل ، فهو غير قائم فى حقه ، فلا يرثها إذا ماتت قبله . إن أيلولة الميراث إلى زوجة الفار ، ليس هو إذن ، وليد إعمال السبب المصلحى غير المشروع فى الطلاق ، واعتباره من ثم فى حكم العدم ؛ بل هو جزاء أوجده المشرع ، خارج نطاق التصرف القانونى ، لمعاملة ذى النية السيئة بنقيض قصده .

(٢) ويلاحظ ثانياً ، أن موقف المذاهب الأربعة ، من طلاق الفار ، والحلول التى أوجدوها جزاء للباعث غير المشروع فى هذا التصرف ، يكشف بوضوح عن تدرج النزعة الذاتية فى هذه المذاهب الأربعة ، وهذا التدرج نكاد نجده فى جميع فروعهم الفقهية فبينما تنعدم هذه النزعة لدى الشافعية ، وتحل محلها نزعة موضوعية واضحة ، لعدم اعتدادهم المطلق بالباعث إذا لم يصرح عنه ، نراها تبرز بشكل باهت لدى الأحناف ، الذين يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها . وتتدرج هذه النزعة من الضعف إلى القوة لدى الحنابلة ، الذين لا يقيدون ميراث زوجة الفار بوفاته خلال عدتها ، بل يعطونها هذا الحق ، ولو مات بعد انقضاء عدتها ، مادامت لم تتزوج من زوج آخر . وتصل النزعة الذاتية إلى أقصاها لدى المالكية ، فزوجة الفار ترث عندهم ، وسواء مات فى عدتها أو لم يمت ، وسواء تزوجت بزوج آخر أو لم تتزوج .

وقد رجح أستاذنا الشيخ محمد أبو زهرة ، رأى الأحناف ، لاتفاقه مع القياس وهو ترجيح سديد[2] وقد أخذ به قانون الأحوال الشخصية السورى م ١١٦ إذ جاء فيه : « من باشر سبباً من أسباب البينونة فى مرض موته ، أو فى حالة يغلب

---

(١) أحكام الشريعة الإسلامية فى الأحوال الشخصية للأستاذ عمر عبد الله ، ص ٣٤٢ .

(٢) راجع تفصيل المذاهب الأربعة فى هذا الموضوع فى كتاب الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٣١٨ — ٣١٩ .

فى مثلها الهلاك طائعاً بلا رضى زوجته ، ومات فى ذلك المرض ، أو فى تلك الحالة والمرأة فى العدة فإنها ترث منه بشرط أن تستمر أهليتها من وقت الإبانة إلى الموت » .

المطلب الثانى

لا يعتد بالسبب المصلحى إذا لم ينتظمه التعبير عن الإرادة

٥٥٤ — ذكرنا فى المطلب السابق ، أن السبب المصلحى غير المشروع ، يجب أن يرد ذكره فى العقد صراحة أو ضمناً لكى يتسنى إعماله . ونتكلم فى هذا المطلب عن الحالات التى يهمل فيها إعمال هذا السبب المصلحى غير المشروع ، لأنه ظل باعثاً فى نفس المتعاقد ، ولم يظهر فى حيز التعبير عن الإرادة . ويترتب على هذا الإهمال ، أن يقوم التصرف صحيحاً ، بالاستناد إلى كمال وسائله الفنية ، ولو كانت وسائله النفسية ، ملوثة بعدم المشروعية ، مادامت هذه الوسائل لم تفصح عن نفسها فى صاب الإرادة الظاهرة.

ونستعرض فيما يلى أمثلة عن أسباب مصلحية غير مشروعة يهدر إعمالها لأنها لم تذكر فى العقد .

زواج المحل : اتخذ المذهب الحنفى موقفين من زواج المحلل الذى لم تتضمن صيغة التعبير فيه إرادة التحليل . فقد ذهب أبو حنيفة إلى صحة هذا العقد — وسواء شرط العاقد التحليل أو لم يشرط — وذهب أبو يوسف إلى التفصيل ، فقضى بفساده إن شُرِطَ التحليل ، وقضى بصحته إن لم يشرط .

جاء فى البدائع : « فإن تزوجت بزوج آخر ومن نيتها التحليل ، **فان لم يشرطا** ذلك بالقول ، وإنما نويا ، ودخل بها على هذه النية ، حلت للأول ، فى قولهم جميعاً . **لان مجرد النية فى المعاملات غير معتبر** ؛ فوقع النكاح صحيحاً ، لاستجماع شرائط الصحة ، فتحل للأول ، كما لو نويا التوقيت ، وسائر المعانى المفسدة »

وان شرطا الاحلال بالقول ، وإنه يتزوجها لذلك ، وكان الشرط منها ، فهو نكاح صحيح عند أبى حنيفة ، وزفر ، وتحل للأول ، ويكره للثانى والأول .

وقال أبو يوسف : إن النكاح الثانى فاسد وإن وطئها لم تحل للأول .

وقال محمد : النكاح الثانى صحيح ولا تحل للأول .

وجه قول أبى يوسف . إن النكاح بشرط الإحلال فى معنى النكاح المؤقت وشرط التوقيت فى النكاح يفسده ، والنكاح الفاسد لا يقع به التحليل .

ولمحمد : إن النكاح عقد مؤبد ، فكان شرط الإحلال استعجال ما أخره الله تعالى لغرض الحل ، فيبطل الشرط ، ويبقى النكاح صحيحاً . لكن لا يحصل به الغرض ، كمن قتل مورثه ، أنه يحرم الميراث ، لما قلنا . كذا هذا .

ولأبى حنيفة ، أن عمومات النكاح تقتضى الجواز ، من غير فصل بين ما إذا شرط فيه الإحلال أولا ، فكان النكاح بهذا الشرط نكاحاً صحيحاً ، فيدخل تحت قوله تعالى « حتى تنكح زوجاً غيره » ، فتنتهى الحرمة عند وجوده ، إلا أنه كره النكاح بهذا الشرط ، لغيره ، وهو أنه شرط ينافى المقصود من النكاح ، وهو السكن ، والتوالد ، والتعفف ، لأن ذلك يقف على البقاء ، والدوام على النكاح . . . وأما قول أبى يوسف إن التوقيت فى النكاح يفسد النكاح ، فنقول المفسد له هو التوقيت نصاً . ألا ترى أن كل نكاح مؤقت ، فإنه يتوقت بالطلاق والموت وغير ذلك . ولم يوجد التوقيت نصاً ، فلا يفسد ، وقول محمد : إنه استعجال ما أجله الله تعالى ممنوع ، فإن استعجال ما أجله الله تعالى لا يتصور ، لأن الله تعالى ، إذا ضرب لأمر أجلا لا يتقدم ولا يتأخر[1] » .

وفى رد المحتار : « وجاز بيع عصير عنب ممن يعلم أنه يتخذه خمراً ؛ لأن المعصية ، لا تقوم بعينه ، بل بعد تغيره ، وقيل يكره ، لإعانته على المعصية . . . وما تقوم المعصية بعينه ، ما توجد فيه على وصفه الموجود حالة البيع كالأمرد ، والسلاح[2] » .

وفى البدائع : « ومنها بيع السلاح من أهل الفتنة ، وفى عساكرهم ، لأن بيعه منهم من باب الإعانة على الإثم والعدوان . وإنه منهى ، ولا يكره بيع ما يتخذ منه السلاح منهم كالحديد وغيره ، لإنه ليس معداً للقتال ، فلا يتحقق معنى الإعانة ، ونظيره ، بيع الخشب الذى يصلح لاتخاذ المزمار ، فإنه لا يكره ، وإن كره بيع المزامير[3] » .

وفى مختصر الطحاوى : « من كان له عصير فلا بأس عليه بيعه ، وليس عليه أن

---

(١) البدائع ، ج ٣ ، ص ١٨٧ — ١٨٨ .
(٢) رد المحتار ، ج ٥ ، ص ٢٥٨ ، س ٣٠ .
(٣) البدائع ، ج ٥ ، س ٢٣٣ .

يقصد بذلك إلى من يأمنه أن يتخذه خمراً ، دون من يخاف ذلك عليه ؛ لأن العصير حلال ، فبيعه حلال ، كبيع ماسواه من الأشياء الحلال ، مما ليس على بائعها الكشف عما يفعله المشترى فيها[1] » .

وفى البدائع : « غير أن الذمى إن استأجر داراً من مسلم فى المصر ، فأراد أن يتخذها مصلى للعامة ، ويضرب فيها بالناقوس ، له ذلك . ولرب الدار وعامة المسلمين أن يمنعوه من ذلك ، على طريق الحسبة ، لما فيه من إحداث شعائر لهم ، وفيه تهاون بالمسلمين ، واستخفاف بهم ، كما يمنع من إحداث ذلك فى دار نفسه فى أمصار المسلمين ، قال النبي صلى الله عليه وسلم لا خصاء فى الإسلام ولا كنيسة ، أى لا يجوز إخصاء الإنسان ولا إحداث الكنيسة فى دار الإسلام فى الأمصار . ولا يمنع أن يصلى فيها بنفسه من غير جماعة ، لأنه ليس فيه ما ذكرناه من المعنى ، ألا ترى أنه لو فعل ذلك فى دار نفسه ، لا يمنع منه .

ولو كانت الدار بالسواد[2] ، ذكر فى الأصل أنه لا يمنع من ذلك ، لكن قيل إن أبا حنيفة إنما أجاز ذلك فى زمنه لأن أكثر أهل السواد فى زمنه كانوا أهل الذمة من المجوس . فكان لا يؤدى ذلك إلى الإهانة والاستخفاف بالمسلمين وأما اليوم فالحمد لله عز وجل فقد صار السواد كالمصر ، فكان الحكم فيه كالحكم فى المصر . **وهذا اذا لم يشرط ذلك فى العقد** .

فاما اذا شرط بأن استأجر ذمى داراً من مسلم فى مصر من أمصار المسلمين ليتخذها مصلى للعامة ، لم تجز الإجارة ، لأنه استئجار على المعصية[3] » .

الفرع الثانى

النظرية الذاتية فى السبب المصلحى فى الفقه الإسلامى

٥٥٥ — تعتمد هذه النظرية ، كالنظرية السابقة ، بالنوايا والمقاصد ، وتجعل عدم مشروعيتها سبباً فى بطلان التصرف . بيد أن الفارق بين هاتين النظريتين هو فارق

(١) مختصر الطحاوى ، ص ٢٧٠ . (٢) سواد البلدة : ماحولها من الريف والقرى .
(٣) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٧٦ .

من حيث الدرجة والأسلوب ، فبينا تضيق النظرية الموضوعية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية باعثها عن طريق اشتراط كون هذا الباعث غير المشروع جزءاً من الإرادة الظاهرة ؛ توسع النظرية الثانية مجال إبطال التصرفات لعدم مشروعية الباعث عليها ، عن طريق عدم اشتراط انتظام هذا الباعث فى صلب التعبير عن الإرادة ؛ بل هى تقتصر على الوقوف عند علم الطرف الآخر بهذا الباعث ، وترى فى هذا العلم ضماناً كافياً لاستقرار التعامل .

ونهج هذه النظرية الثانية فى الاعتداد بالبواعث ، يذكرنا بنهج نظرية القضاء الحديثة فى السبب فى الفقه اللاتينى . فهذه النظرية الأخيرة كما رأينا[1] ، لا تشترط ذكر السبب المصلحى فى صلب التعبير عن الإرادة على غرار النظرية الألمانية ، التى اقتفت النظرية السابقة أثرها ؛ بل تقنع بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع الذى دفع المتعاقد معه إلى إبرام الصفقة .

ولعل هذه النظرية الأخيرة أصدق تعبيراً عن روح الفقه الإسلامى ، باعتباره منبثقاً عن شريعة دينية سمحاء ، تعتد بالعوامل الخلقية والأدبية ، وتقف عند طهارة النوايا ، ونظافتها من عدم المشروعية .

ولئن وقفت النظرية الأولى عند الظاهر المحسوس الذى يركن إليه الناس فى تعاملهم ، وازورت عن سبر أعماق النفس البشرية للبحث عن النوايا الخبيثة الدافعة إلى التصرفات ، فقد عبرت فى موقفها هذا على حرصها على النزعة الموضوعية السائدة فى فروع الفقه الإسلامى المختلفة .

وسنستعرض هذه النظرية فى المذهبين الحنبلى والمالكى .

المطلب الأول

§ ١ — النظرية الذاتية فى المذهب الحنبلى

٥٥٦ — نبحث هنا فى الأمرين التاليين : (ا) دور ابن القيم فى إعمال الباعث

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٥٠٠ ومابعـ .

غير المشروع (ب) كيف يتصل العاقد الآخر بهذا الباعث غير المشروع .

(ا) دور ابن القيم فى إعمال الباعث غير المشروع

٥٥٧ — يعبر ابن القيم فى كتابه إعلام الموقعين أصدق تعبير عن اتجاه هذه النظرية فى شعارات قوية تحمل قبساً من حماسه لها واندفاعه فى تأييدها . فهو القائل : « القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصود فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها ، فإذا ألغيت ، واعتبرت الألفاظ التى لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه[1] » .

وقد دافع ابن القيم عن هذه النزعة فى نطاقين مختلفين :

(١) نطاق الإرادة الباطنة . (٢) نطاق الباعث على التعاقد .

فدعا إلى إيثار الإرادة الباطنة والاحتفال بها من جهة ، ونادى بوجوب الاعتداد بالباعث غير المشروع فى إبطال العقد من جهة أخرى . وغير خاف أن هذين المفهومين ، رغم كونهما ذاتيين ، متباينان . ذلك لأن الأول هو أصلا داخل فى دائرة التعاقد ، بينما يكون الثانى فى الأصل خارجاً عن دائرة التعاقد ، وإن كان يدخل فيه استثناء عند علم العاقد الآخر به ، أو ذكره فى متن العقد .

ويلاحظ أن ابن القيم لم يخصص لكل مفهوم اصطلاحاً خاصاً به ، بل كان يطلق ألفاظ « القصد » و « المقصد » و « النية » على المفهومين بدون تفريق[2] .

فقد دعا ابن القيم إلى إيثار الإرادة الباطنة على الإرادة الظاهرة فى عبارات قوية قال « وهذا الذى قلناه من اعتبار النيات والمقاصد فى الألفاظ وأنها لا تلزم بها أحكامها حتى يكون المتكلم بها قاصداً لها ، مريداً لموجباتها ؛ كما أنه لا بد أن يكون قاصداً

---

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٨٢ .

(٢) راجع رسالة الدكتور عبد الله الجليلى حيث تجد آثار هذا الخلط فى النصوص الطويلة التى نقلها عن ابن القيم فى صدد بحثه عن الباعث غير المشروع (ص ٤١٥ — ٤٢٠) ، ولقد كان حرياً بالمؤلف أن يصطفى من هذه النصوص مايتفق مع موضوع الباعث غير المشروع ، لا أن يدرجها كما وردت فى مصدرها بدون تفريق بين (الباعث) و(الإراده الباطنة) الأمر الذى لاصلة له ببحث المؤلف . ويبدو هذا الخلط بوجه خاص فى هامش ص ٤١٨ من الرسالة المذكورة .

للتكلم باللفظ مريداً له فلا بد من إرادتين : إرادة التكلم باللفظ اختياراً ، وإرادة موجبه ومقتضاه . بل إرادة المعنى آكد من إرادة اللفظ ، فإنه المقصود واللفظ وسيلة . . . .[1] » .

وقال فى موضع آخر : « إذا اشترى أو استأجر مكرها ، لم يصح ، وإن كان فى الظاهر قد حصل صورة العقد ، لعدم قصده وإرادته ، فدل على أن القصد روح العقد ومصححه ومبطله ، فاعتبار القصود فى العقود أولى من اعتبار الألفاظ ، فإن الألفاظ مقصودة لغيرها ، ومقاصد العقود هى التى تراد لأجلها ، فإذا ألغيت ، واعتبرت الألفاظ التى لا تراد لنفسها ، كان هذا إلغاء لما يجب اعتباره ، واعتباراً لما قد يسوغ إلغاؤه[2] » .

ويلاحظ أن ابن القيم قد استعمل فى النصين السابقين ألفاظ «القصد» و «النية» و « المقصد » بمعنى الإرادة الباطنة .

وإليك نصوصاً أخرى استعمل فيها المؤلف نفس الألفاظ بمعنى الباعث ، فى صدد دعوته إلى الاعتداد بالباعث غير المشروع قال :

« ومن المعلوم أن العاصر إنما عصر عنباً ، ولكن لما كانت نيته إنما هى تحصيل الخمر ، لم ينفعه ظاهر عصره ، ولم يعصمه من اللعنة لباطن قصده ومراده ، فعلم أن الاعتبار فى العقود والأفعال بحقائقها ومقاصدها ، دون ظواهر ألفاظها وأفعالها[3] » .

ويقول : « وقاعدة الشريعة التى لا يجوز هدمها أن المقاصد والاعتقادات معتبرة فى التصرفات والعبارات ، كما هى معتبرة فى التقربات والعبادات ، فالقصد والنية والاعتقاد يجعل الشىء حلالا أو حراماً ، أو صحيحاً أو فاسداً[4] » .

ويبدو أن ابن القيم قد نجح إلى حد كبير ، فى مؤلفه القيم إعلام الموقعين ، فى بعث النزعة الذاتية ، عندما نادى بضرورة اعتبار الباعث فى التصرف ، وإهدار كل تصرف بنى على باعث غير مشروع ، كنكاح المحلل ، وبيع العينة ، وبيع العنب لمن يصنع خمراً وبيع السلاح لمن يحارب المسلمين . وإنك حين تطالع كتاب ابن القيم

(١) إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ٥٤ — ٥٥
(٢) المرجع السابق ، ص ٨٢ .
(٣) المرجع السابق ، ص ٨٣ .
(٤) المرجع السابق ، ص ٨٤ .

المذكور ، لتلمس ثورته فى حرارة حججه المنثورة فى كتابه فى إبطال هذه التصرفات وهى تعتبر بحق رد فعل على ما ذهبت إليه بعض المذاهب الإسلامية المغرقة فى الموضوعية ، إلى احترام التصرف ، بصرف النظر عن باعثه ، مشروعاً كان أو غير مشروع[1].

ويذكر ابن القيم فى إعلام الموقعين وجوب الاعتداد بالباعث ، فيقول : « هل الاعتبار بظواهر الألفاظ والعقود ، وإن ظهرت المقاصد والنيات بخلافها ، أم للقصود والنيات تأثير يوجب الالتفات إليهـا ومراعاة جانبها ؟ وقد تظاهرت أدلة الشرع وقواعده على أن القصود فى العقود معتبرة ، وأنهـا تؤثر فى صحة العقد وفساده ، وفى حله وحرمته . بل أبلغ من ذلك ، وهى أنها تؤثر فى الفعل الذى ليس بعقد تحليلا وتحريماً ، فيصير حلالا تارة ، وحراماً تارة ، باختلاف النية والقصد ، كما يصير صحيحاً تارة ، وفاسداً تارة ، باختلافها » .

ويأتى ابن القيم بأمثلة على اعتبار البواعث فى الوقائع المـادية غير التعاقدية ، فيقول : « وهذا كالذبح ، فإن الحيوان يحل إذا ذبح لأجل الأكل ، ويحرم إذا ذبح لغير الله » .

وكذلك عصر العنب بنية أن يكون خمراً معصية ، ملعون فاعله على لسان رسول الله صلى الله عليه وسلم ، وعصره بنية أن يكون خلا أو دبساً جائز ؛ وصورة الفعل واحدة

ثم يأتى بأمثلة على اعتبار القصد ، باعتباره إرادة باطنة ، فيقول :

---

(١) ولعلنا لانستطيع أن نعزل ميل ابن القيم إلى النزعة الذاتية فى النطاق التعاقدى — والتى كان من ثمراتها إحياء المبادئ الأصيلة فى الفقه الإسلامى مجردة عما شابها من آثار الصناعة الفقهية — عن نزعته الذاتية العامة التى أحيا بها المبادىء الأصيلة فى مجال الشريعة العقائدى مجردة عما شابها من بدع وثنية ، تأثر بها المسلمون فى البيئات المختلفة ، التى تأقلم الإسلام بها .

إننا نرى أن ثمة صلة عميقه بين محاربة ابن القيم للبدع فى المجال العقائدى ومحاربته مثلا للاتجاهات الشكلية فى الفقه الشافعى ، التى تذهب إلى تحتيم عقد النكاح بلفظ معين .

وإنه ثمة صلة أيضاً بين نظرة ابن القيم لحرية الاختيار فى المجال الفلسفى ، وبين مناداته بمبدأ سلطان الإرادة فى المجال التعاقدى .

ولعل مما يؤيد هذا ، ما ذكره ابن القيم على سبيل التمثيل فى كتابه إعلام الموقعين (ج٣، ص١٠١) « وما مثل من وقف على الظواهر والألفاظ ، ولم يراع المقاصد والمعانى ، إلا كمثل رجل قيل له لا تسلم على صاحب بدعة ، فقبل يده ورجله ، ولم يسلم عليه . »

« . . . وكذلك الرجل يشترى الجارية ينوى أن تكون لموكله ، فتحرم على المشترى ، وينوى أنها له ، فتحل له ، وصورة الفعل والعقد واحدة ، وإنما اختلفت النية والقصد . . . وكذلك من أدى عن غيره واجباً ينوى به الرجوع ، ملكه ، وإن نوى به التبرع ، لم يرجع » .

وأخيراً يستشهد باعتبار الباعث فى الوقائع المادية والإرادة الباطنة فى التصرفات السابقة ، لكى يدلل على وجوب اعتبار البواعث فى التصرفات ، فيقول :

« . . . وصورة الفعل والعقد واحدة ، وانما اختلفت النية والقصد . وكذلك صورة القرض ، وبيع الدرهم بالدرهم إلى أجل ، صورتهما واحدة ، وهذا قربة صحيحة وهذا معصية باطلة بالعقد . وكذلك السلاح ، **يبيعه الرجل لمن يعرف أنه يقتل به** مسلماً ، حرام باطل ، لما فيه على الإعانة على الإثم والعدوان ، وإذا باعه لمن يعرف أنه يجاهد به فى سبيل الله ، فهو طاعة وقربة . وكذلك عقد النذر المعلق على شرط ينوى به التقرب والطاعة ، فيلزمه الوفاء بما نذره وينوى به الحلف والامتناع فيكون يميناً مكفرة . . وهذا دليل على أن من نوى بالبيع عقد الربا حصل له الربا ، ولا يعصمه من ذلك صورة البيع ، وإن من نوى بعقد النكاح التحليل كان محللاً ، ولا يخرجه من ذلك صورة عقد النكاح . »(١)

(ب) كيف يتصل العاقد الآخر بالباعث غير المشروع ؟

٥٥٨ – رأينا أن المذهب الحنبلى يعتد بالباعث غير المشروع فى التصرفات ، ويجعله عاملاً فى إبطال العقد . ولكن هل يبقى المتعاقد الآخر بعيداً عن هذا الباعث ، غير متصل به على وجه من الوجوه ، والمعيار ، كما رأينا ، ذاتى ، وكثيراً ما يكون العاقد الآخر جاهلاً بأمر هذا الباعث ، بل ويكون غير متوقع له ؟ إننا إذا قلنا بذلك تزعزع التعامل ، ولم يأمن أى متعاقد أن يرى العقد الذى اطمأن إليه قد انهار بدعوى الباعث غير المشروع يقدمها الطرف الآخر .

من أجل ذلك أجمع الفقهاء المسلمون ، على أن الباعث غير المشروع وحده ،

(١) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٩٦ — ٩٧ .

لا يكفى — فى الحكم القضائى — لإبطال العقد . بل لا بد أن يتصل به العاقد الآخر على وجه من الوجوه الثلاث الآتية : (١) فمنهم من تشدد فى هذا العلم ، فاشترط أن يكون الباعث مذكوراً فى صلب العقد ، كما ذهب اليه أصحاب النظرية الموضوعية فى السبب المصلحى . (٢) ومنهم من تساهل فى هذا العلم ، فلم يشترط ذكر الباعث فى العقد ، بل اكتفى بعلم الآخر ، كما ذهب اليه أصحاب النظرية الذاتية فى السبب المصلحى . (٣) هذا وقد يفترض علم العاقد الآخر بالباعث إذ كانت القرائن تدل على وجوده كما تشير إليه النصوص الآتية :

جاء فى المغنى : «وبيع العصير ممن يتخذه خمراً باطل . وجملة ذلك أن بيع العصير **لمن يعتقد** أنه يتخذه خمراً حرام ... لأنه يعقد عليها لمن يعلم أنه يريدها للمعصية فأشبه إجارة أمته لمن يعلم أنه يستأجرها ليزنى بها . . . إذا ثبت هذا فإنما يحرم بيع العصير ويبطل **اذا علم البائع قصد** المشترى ذلك ، إما بقوله وإما بقرائن مختصة به تدل على ذلك ، فأما إن كان الأمر محتملاً ، مثل أن يشتريها من لا يعلم حالة ، أو من يعمل الخل والخمر معاً ، ولم يلفظ بما يدل على إرادة الخمر ، فالبيع جائز وهكذا الحكم فى محل ما يقصد به الحرام ، كبيع السلاح لأهل الحرب ، أو لقطاع الطريق ، أو فى الفتنة ؛ وبيع الأمة للغناء أو إجارتها كذلك ، أو اجارة دار لبيع الخمر فيها أو لتتخذها كنيسة أو بيت نار وأشباه ذلك ، فهذا حرام والعقد باطل . . . وقد نص أحمد رحمه الله على مسائل نبه بها على ذلك فقال فى القصاب والخباز **اذا علم** أن من يشترى منه يدعو عليه من يشرب المسكر ، لا يبيعه ، ومن يخترط الأقداح لا يبيعها ممن يشرب فيها ، ونهى عن بيع الديباج للرجال ، ولا بأس ببيعه للنساء ، وروى عنه لا يبيع الجوز من الصبيان للقمار ، وعلى قياسه البيض ، فيكون بيع ذلك كله باطلاً[1] . »

وجاء فى الفروع : « ولا يصح بيع ما قصد به الحرام ، كعصير لمتخذه خمراً قطعاً . . . وسلاحاً فى فتنة . . ومأكول ومشموم لمن يشرب عليهما المسكر ، وأقداح لمن يشرب فيها ، وجوز لقمار ، وأمة وأمرد لواطىء دبر . . . »

---

(١) المغنى ، ج ٤ ، ص ٢٨٣ — ص ٢٨٥ ، الفروع ، ج ٢ ، ص ١٧١ .

المطلب الثانى

النظرية الذاتية فى المذهب المالكى

٥٥٩ — يعتد المالكية — شأنهم فى ذلك شأن المذهب الحنبلى — بالباعث ولو لم يذكر فى صلب العقد ، ولا يجيزون تبعاً لذلك بيع أرض بقصد بناء كنيسة أو بيع خشب بقصد صنع صليب ، أو شراء عبد بقصد أن يكون مغنياً [١] .

جاء فى الحطاب : « بيع العنب لمن يعصره خمراً ، وبيع ثياب الحرير ممن يلبسها غير جائز [٢] . »

وهم أيضاً كالحنابلة لا يعتدون بالباعث إلا إذا كان معلوماً من الطرف الآخر .

المطلب الثالث

النظرية الذاتية فى السبب المصلحى ومبدأ سد الذرائع

٥٦٠ — يذهب أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة فى كتابه عن « مالك » إلى أن مبدأ سد الذرائع هو « أصل من الأصول التى أكثر من الاعتماد عليها فى استنباطه الفقهى الإمام مالك رضى الله عنه ، وقاربه فى ذلك الإمام أحمد بن حنبل رضى الله عنه [٣] . »

ونتساءل الآن — وبعد أن عرفنا فى المطلب السابق أن هذين المذهبين يعتبران بحق حملة لواء النزعة الذاتية فى الفقه الإسلامى — أهناك صلة بين انتصار هذين المذهبين لمبدأ سد الذرائع ، واعتدادهما بالسبب المصلحى غير المشروع فى التصرف القانونى ؟ قبل أن نجيب عن هذا السؤال ، لا بد لنا من أن نقف قليلاً عند مبدأ سد الذرائع فنستعرض فى ايجاز : معنى هذا المبدأ ، وأدلته ، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها .

---

(١) شرح الحطاب ، ج ٤ ، ص ٢٦٣ — ص ٢٦٤ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٢٦٧ أنظر أيضاً المدونة الكبرى ، ج ١١ ، ص ٦٢ — ٦٩ .

(٣) « مالك » للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ٢٢٤ ، ص ٣٧٤ .

§ ١ – مبدأ سد الذرائع

٥٦١ – (ا) : الذريعة معناها الوسيلة ، ومعنى سد الذرائع رفعها ، ومؤدى الكلام أن وسيلة المحرم محرمة ، ووسيلة الواجب واجبة ، فالفاحشة حرام ، والنظر إلى عورة الأجنبية حرام ، لأنها تؤدى إلى الفاحشة ؛ والجمعة فرض ، فالسعى لها فرض ، وترك البيع لأجل السعى فرض أيضاً .

وبيان ذلك أن موارد الأحكام قسمان : مقاصد ، وهى الأمور المكونة للمصالح والمفاسد فى انفسها . أى التى هى فى ذاتها مصالح أو مفاسد . ووسائل ، وهى الطرق المفضية اليها ، وحكمها كحكم ما أفضت إليه من تحريم أو تحليل ، غير أنها أخفض رتبة من المقاصد فى حكمها ، ويقول القرافى :

« الوسيلة إلى أفضل المقاصد أفضل الوسائل ، وإلى أقبح المقاصد أقبح الوسائل . وإلى ما هو متوسط متوسطة[1] » .

وجاء فى كتاب إعلام الموقعين فى تصوير هذا المبدأ :

« لما كانت المقاصد لا يتوصل إليها إلا بأسباب وطرق تفضى اليها ، كانت طرقها وأسبابها تابعة لها معتبرة بها ، فوسائل المحرمات والمعاصى فى كراهتها والمنع بها ، بحسب إفضائها إلى غاياتها ، وارتباطاتها ، ووسائل الطاعات والقربات فى محبتها والإذن بها ، بحسب إفضائها إلى غايتها ، فوسيلة المقصود تابعة للمقصود وكلاهما مقصود لكنها مقصود قصد الغايات ، وهى مقصودة قصد الوسائل ، فإذا حرم الرب تعالى شيئاً ، وله طرق ، ووسائل تفضى اليه ، فانه يحرمها ، ويمنع منها تحقيقاً لتحريمه وتثبيتاً له ، ومنعاً أن يقرب حماه ، ولو أباح الوسائل والذرائع المفضية لكان ذلك نقضاً للتحريم ، وإغراء للنفوس به ، وحكمته تعالى وعلمه يأبى ذلك كل الإباء ، بل سياسة ملوك الدنيا تأبى ذلك . فإن أحدهم إذا منع جنده أو رعيته ، أو أهل بيته من شىء ، ثم أباح لهم الطرق والأسباب والذرائع الموصلة ، لعد متناقضاً ، ولحصل من رعيته وجنده ضد مقصوده .

---

(١) الفروق للقرافى ، ج ٢ ، ص ٣٢ .

وكذلك الأطباء، إذا أرادوا حسم الداء منعوا صاحبه من الطرق والذرائع الموصلة إليه، وإلا فسد عليهم ما يرومون إصلاحه.

فما الظن بهذه الشريعة التي هي في أعلى درجات الحكمة والمصلحة والكمال ومن تأمل مصادرها ومواردها علم أن الله تعالى ورسوله سد الذرائع المفضية إلى المحارم بأن حرمها ونهى عنها [1] »

٥٦٢ — (ب) أما دليل هذا المبدأ فقد ثبت في القرآن والسنة:

قال تعالى: « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله، فيسبوا الله عَدْوًا بغير علم. »

فحرم الله تعالى سب آلهة المشركين، مع كون السب غيظاً، وحمية لله، وإهانة لآلهتهم، لكونه ذريعة إلى سبهم الله تعالى. وكانت مصلحة ترك مسبته تعالى أرجح من مصلحة سبنا لآلهتهم، وهذا كالتنبيه، بل كالتصريح على المنع من الجائز، لئلا يكون سبباً في فعل ما لا يجوز.

أما السنة: فقد روى عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه كان يكف عن قتل المنافقين، مع كونه مصلحة، لئلا يكون ذريعة إلى تنفير الناس عنه. وقولهم أن محمداً يقتل أصحابه. فإن هذا القول يوجب النفور عن الإسلام ممن دخل فيه، ومن لم يدخل فيه، ومفسدة التنفير أكبر من مفسدة ترك قتلهم، ومصلحة التأليف أعظم من مصلحة القتل.

٥٦٣ — (ح) **تقسيم الوسائل بالنسبة إلى نتائجها**: نستعرض فيما يلي تقسيمين أحدهما للفقيه الحنبلي ابن القيم والثاني للفقيه المالكي الشاطبي.

٥٦٤ — **تقسيم ابن القيم**: يقسم ابن القيم، الوسائل بالنسبة لنتائجها إلى أربعة أقسام:

القسم الأول: وسيلة موضوعة للافضاء إلى المفسدة، كشرب المسكر المفضى إلى مفسدة السكر، وكالقذف المفضي إلى مفسدة الفرية، والزنا إلى اختلاط المياه وفساد الفرس، ونحو ذلك، فهذه أفعال وأقوال وضعت مفضية لهذه المفاسد وليس لها ظاهر غيرها.

---

(١) إعلام الموقعين، ح ٣، ص ١١٩ وما بعدها.

القسم الثانى : وسيلة موضوعة للمباح ، قصد بها التوصل إلى المفسدة . وهى أمور موضوعة للافضاء إلى أمر جائز ، أو مستحب ، فتتخذ وسيلة إلى المحرم كمن يعقد النكاح قاصداً به التحليل ، أو يعقد البيع قاصداً به الربا .

القسم الثالث : وسيلة موضوعة للمباح ، لم يقصد بها التوصل إلى المفسدة لكنها مفضية إليها غالباً ، ومفسدتها أرجح من مصلحتها . وذلك كمن يسب أرباب المشركين بين أظهرهم ، وتزين المتوفى عنها فى زمن عدتها .

القسم الرابع : وسيلة موضوعة للمباح ، وقد تفضى إلى المفسدة ، ومصلحتها أرجح من مفسدتها . ومثاله ، النظر إلى المخطوبة ، والمستامة ، والمشهود عليها . . . وكلمة الحق عند ذى سلطان جائر ، ونحو ذلك .

ويرى ابن القيم أن القسمين الأول والرابع ليسا محلا للنزاع ، ذلك لأن الشارع قد جاء بمنع القسم الأول كراهة أو تحريماً ، بحسب درجاته فى المفسدة . وجاء بإباحة القسم الرابع أو استحبابه أو إيجابه ، بحسب درجاته فى المصلحة .

أما القسمان الثانى والثالث ، فهما مجال الخلاف وعلى ذلك فهما محل تطبيق سد الذرائع فيهما — مع ملاحظة أن الثانى منهما لا يتحقق فيه المعيار الذاتى — ويأتى بعدها ـ ٩٩ دليلا على اعتبار سد الذرائع فيها .

ويرى أستاذنا أبو زهرة على أن هذه الأقسام سليمة من حيث الفرض العقلى ، غير أن القسم الأول لا يعد من باب الذرائع ، بل يعد من المقاصد ، لأن الخمر والزنى والقذف ، كالربا ، وأكل مال الناس بالباطل ، والغصب والسرقة ، مفاسد فى ذاتها ، وليست ذرائع ولا وسائل لمفاسد أخرى أكثر منها .

إنما الكلام فى الذرائع هو فى الوسائل التى تؤدى إلى المفاسد ، فتدفع ، ويسمى ذلك سد الذرائع ، أو تؤدى إلى جلب المصالح فتطلب ، أو على حد تعبير القرافى فتح الذرائع أى : رد الوسائل لافضائها إلى المفسد يسمى « سد الذرائع » .

وطلب الوسائل لافضائها إلى المصلحة يسمى « فتح الذرائع » .

ثم يقول : « وإذا كان القسم الأول لا يعد من سد الذرائع . لأنه فى ذاته مفسدة ، فالأقسام الثلاثة الأخرى هى التى تدخل فى هذا التقسيم » .

٥٦٥ — **تقسيم الشاطبي** : قسم الشاطبي الوسائل إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : ما يكون أداؤه إلى المفسدة قطعياً ، كحفر البئر خلف باب الدار في الظلام ، بحيث يقع الداخل فيه بلابد ، وشبه ذلك .

القسم الثاني : ما يكون أداؤه إلى المفسدة نادراً ، كحفر البئر بموضع لا يؤدى غالبا إلى وقوع أحد فيه ، وبيع الأغذية التي غالبها لا يضر أحداً .

والقسم الثالث : أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، بحيث يغلب على الظن الراجح أن يؤدى إليها كبيع السلاح في وقت الفتن ، وبيع العنب للخمار ، ونحو ذلك مما يقع في غالب الظن ، لا على سبيل القطع ، أداؤه إلى المفسدة .

والقسم الرابع : أن يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، ولكن كثرته لم تبلغ أن تحمل العقل على ظن المفسدة فيه دائماً ، كمسائل البيوع الربوية[1] .

ونبادر إلى استبعاد القسمين الأول والثاني من البحث لأنهما ليسا محلا للخلاف ، كما استبعدنا القسمين الأول والرابع ، من تقسيم ابن القيم . ونلتفت إلى القسمين الأخيرين ، فهما محل تطبيق سد الذرائع على أن المعيار السائد في القسم الأول منهما إذا كان ذاتياً يستند إلى قصد الفاعل فهو في القسم الأخير موضوعى لايحفل بقصده ونقف هنا قليلا عند هذا القسم لنرى كيف يعلل الشاطبي بأسلوبه البليغ الواضح خروج مالك فيه عن الأصل ، الذى يقضى بالحل . وهو يقرر أنه رغم أن كلا من الشافعي ومالك لم يعتدا بالقصد ، فقد وصلا إلى نتائج متباينة ؛ ذلك أن الشافعي قد انتهى به عدم اعتداده بالقصد إلى إبقاء التصرف على أصل الإذن من الإباحة ، فسمح ببيع العينة أما مالك فقد انتهى به عدم اعتداده بالقصد ، إلى خروج التصرف على أصل الإذن ، ولكن لا على أساس أن صاحب التصرف قد قصد به المفسدة ، بل على أساس كثرة وقوع القصد إلى المفسدة ، وهو كما ترى معيار موضوعى لا ذاتى . ولنستمع الآن إلى الشاطبي ، يشرح في أسلوبه القوى الجلى وجهة نظر الطرفين :

---

(١) كتاب « مالك » للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ٢٢٨ ، ص ٣٧٩ ، وانظر الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ، ص ٣٤٨ وما بعدها .

يقول : « وأما ما يكون أداؤه إلى المفسدة كثيراً ، لا غالباً ولا نادراً ، فهو موضع نظر والتباس . والأصل الحمل على الأصل من صحة الإذن ، كمذهب الشافعى وغيره ، ولأن العلم والظن بوقوع المفسدة منتفيان ، إذ ليس هذا إلا احتمال مجرد ، بين الوقوع وعدمه ، ولا قرينة ترجح أحد الجانبين على الآخر ، واحتمال القصد للمفسدة والإضرار لا يقوم مقام نفس القصد ولا يقتضيه ، لوجود العوارض من الغفلة وغيرها عن كونها موجودة أو غير موجودة .

وأيضاً فإنه لا يصح أن يعد الجالب أو الدافع هنا مقصراً ولا قاصداً ، كما فى العلم والظن ؛ لأنه ليس حمله على القصد إليهما [إلى المفسدة والإضرار] أولى من حمله على عدم القصد لواحد منهما . وإذا كان كذلك ، فالتسبب المأذون فيه قوى جداً الا أن مالكاً اعتبره فى سد الذرائع بناء على كثرة القصد وقوعاً . وذلك أن القصد لا ينضبط فى نفسه ؛ لأنه من الأمور الباطنة . لكن له مجالاً هنا وهو كثرة الوقوع فى الوجود أو هو مظنة ذلك فكما اعتبرت المظنة وإن صح التخلف ، كذلك تعتبر الكثرة لأنها مجال القصد . ولهذا أصل ، وهو حديث أم ولد زيد بن أرقم ، وأيضاً فقد يشرع الحكم لعلة مع كون فواتها كثيراً ، كحد الخمر ، فإنه مشروع للزجر ، والازدجار به كثير لا غالب ، فاعتمدنا الكثرة فى الحكم بما هو على خلاف الأصل . [(١)] »

§ ٢ — التلازم بين الاعتداد بالسبب المصلحى وسد الذرائع

٥٦٦ — والآن ، وبعد أن عرفنا معنى سد الذرائع ، وأدلته ، وأنواع الوسائل بالنسبة إلى نتائجها ننتقل إلى الإجابة عن السؤال الذى كنا طرحناه فى مستهل هذا البحث : أهناك صلة بين قول مذهبي مالك وابن حنبل بسد الذرائع واعتدادها بالباعث على التعاقد ؟ وما هو مدى هذه الصلة ؟

يذهب العلامة ابن القيم إلى أن ثمة صلة وتلازما بين هاتين الظاهرتين ، فهو يؤكد فى كتابه إعلام الموقعين الحقيقتين الآتيتين :

(١) إن من يقول من الفقهاء بسد الذرائع فى أصوله يعمل الباعث على التعاقد .

---

(١) الموافقات للشاطبي ، ج ٢ ، ص ٣١٦ .

(٢) وإن من لا يقول منهم بسد الذرائع فى أصوله يهمل الباعث على التعاقد .

جاء فى إعلام الموقعين فى صدد الحجج التى أدلى بها ابن القيم - لتأييد نزعته الذاتية ، وتجريح النزعة الموضوعية المتطرفة التي يذهب إليها الشافعى فى إهماله للقصود وعدم اعتداده بالشرط المتقدم على العقد — مايلى :

« وقوله لا تفسد العقود ، بأن يقال هذه ذريعة ، وهذه نية سوء إلى آخره ، فإشارة منه إلى قاعدتين :

إحداهما : أن لا اعتبار بالذرائع ، ولا يراعى سدها .

والثانية : أن القصود غير معتبرة فى العقود ، والقاعدة المتقدمة أن الشرط المتقدم لا يؤثر ، وإنما التأثير للشرط الواقع فى صلب العقد .

وهذه القواعد متلازمة .

١) فمن سد الذرائع ، اعتبر المقاصد ، وقال يؤثر الشرط متقدما ومقارنا .

٢) ومن لم يسد الذرائع ، لم يعتبر المقاصد، ولاالشروط المتقدمة ولا يمكن ابطال واحدة منها الا بابطال جميعها(١)

وقد أكد ابن القيم هذه العلاقة فى الوجوه الـ ٩٩ التى أدلى بها للتدليل على مبدأ سد الذرائع ، وبصورة خاصة فى الوجهين الـ ٩٦ والـ ٩٧ . جاء فى هذين الوجهين :

« لو نصب قبل الإحرام شبكة ، فوقع فيها صيد ، وهو محرم ، جاز له أخذه بعد الحل ، **وهـــذا جار على قواعد من لم يعتبر المقاصد ولم يسد الذرائع** » .

« قال الإمام أحمد : نهى رسول الله صلى الله عليه وسلم عن بيع السلاح فى الفتنة ولا ريب أن هذا سد لذريعة الإعانة على المعصية ، ويلزم من لم يسد الذرائع ، أن يجوز هذا البيع كما صرحوا به ، ومن المعلوم أن هذا البيع يتضمن الإعانة على الإثم والعدوان وفى معنى هذا ، كل بيع أو إجارة أو معاوضة تعين على معصية الله كبيع السلاح للكفار ، والبغاة ، وقطاع الطريق ، وبيع الرقيق لمن يفسق به ، أو يؤاجره لذلك ، أو إجارة داره ، أو حانوته ، أو خانه ، لمن يقيم فيها سوق

---

(١) راجع إعلام الموقعين ، ج ٣ ، ص ١٣٩ .

المعصية ، وبيع الشمع أو إجارته لمن يعصى الله عليه ، ونحو ذلك مما هو إعانة على مايبغضه الله ويسخطه .

ومن هذا عصر العنب لمن يتخذه خمراً ، وقد لعنه صلى الله عليه وسلم هو والمعتصر معاً **ويلزم من لم يسد الذرائع** أن لايلعن العاصر ، وأن يجوز له أن يعصر العنب لكل أحد ، **ويقول القصد غير معتبر فى العقد** ، والذرائع غير معتبرة ، ونحن مطالبون فى الظواهر ، والله يتولى السرائر ، وقد صرحوا بهذا ، ولا ريب فى التنافى بين هذا وبين سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم [1] . »[2]

§ ٣ — مدى هذا التلازم

٥٦٧ — هذا وإذا ثبت لدينا قيام الصلة بين انتصار مذهبي مالك وابن حنبل لمبدأ سد الذرائع واعتدادهما بالباعث فى التصرفات فما هو مدى، هذه الصلة بين هذين المبدأين هل هما يهدفان إلى غاية واحدة ؟ وإذا كان الأمر كذلك فهل سلكا فى سبيل الوصول إليها نهجاً موحداً .

٥٦٨ — ليس ثمة شك فى أن هذين المبدأين يهدفان إلى غاية واحدة ، هى التوسيع من نطاق عدم المشروعية ، والحرص على المزيد من حماية المجتمع عن طريق إبطال مظان فساده وهى غاية زهد بها نفاة مبدأ سد الذرائع الذين أهملوا الاعتداد بالباعث .

٥٦٩ — على أن هذين المبدأين قد سلكا فى سبيل الوصول إلى غايتهما المشتركة طريقين متباينين فبينما يستند مبدأ سد الذرائع فى الأصل إلى معيار موضوعى يعتد بالنتيجة يستند مبدأ الاعتداد بالباعث إلى معيار ذاتى يحفل بالباعث . ونرى أن المبدأ الثانى مشتق من المبدا الأول ، ففى كليهما تقاس الوسيلة من زاوية النتيجة ، على أن هذا القياس إذا كان ماديا مباشراً فى المبدأ الأول فهو فى المبدأ الثانى نفسى وغير مباشر

---

(١) ويبدو أن الاستاذ محمد فهمى أبى سنة يؤيد ماذهب إليه ابن القيم ، فقد جاء فى كتاب العرف والعاده فى رأى الفقهاء ص ١٣٥ : « ورأى المحققين من فقهاء الشريعة الذين فطنوا إلى حكمتها وبنائها على مصالح الخلق كابن القيم ، بطلان هذا النوع من العقود [بيع العينة] نظراً إلى الأغراض والقصود وسداً للذريعة » .

(٢) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ١١٩ .

يعول فيه على الباعث النفسى الذى حدا بصاحب الوسيلة إلى الإقدام على انشائها ونرى أن النزوع الذاتى فى ظل المبدأ الثانى هو مظهر متطور من مظاهر المبدأ الأول ولعل هذا التطور قد بلغ غايته عندما اشترط أنصار الاعتداد بالباعث علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع كشريطة لإبطال التصرف الذى تلوث به[1] . وظاهر أن هذا الاشتراط يدعو إلى التوفيق بين احترام مقاصد الشريعة فى دفع المفاسد ، وجلب المصالح من جهة ، وتأمين استقرار التعامل من جهة أخرى . وهذا التوفيق مفقود أصلا فى ظل مبدأ سد الذرائع الذى يستند إلى معيار مادى بحت ويعنى بالنتيجة فقط هذا وقد أبان أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة فى بحثه القيم عن سد الذرائع فى كتاب مالك عن هذا المعيار الموضوعى إذ يقول :

« والأصل فى اعتبار سد الذرائع هو النظر فى مآلات الأفعال ، وما تنتهى فى جملتها إليه ، فإن كانت تتجه نحو المصالح التى هى المقاصد والغايات من معاملات بنى الإنسان بعضهم على بعض ، كانت مطلوبة بمقدار يناسب طلب هذه المقاصد وإن كانت لا تساويها فى الطلب ؛ وإن كانت مآلاتها تتجه نحو المفاسد ، فإنها تكون محرمة بما يتناسب مع تحريم هذه المفاسد ، و إن كان مقدار التحريم أقل فى الوسيلة .

والنظر فى هذه المآلات لا يكون إلى مقصد العامل ونيته ، بل إلى نتيجة العمل وثمرته وبحسب النية يثاب الشخص أو يعاقب فى الآخرة ، وبحسب النتيجة والثمر يحسن الفعل فى الدنيا ، أو يقبح ، ويطلب او يمنع ؛ لأن الدنيا قامت على مصالح العباد ، وعلى القسطاس والعدل ، وقد يستوجبان النظر إلى النتيجة والثمرة دون النية المحتسبة والقصد الحسن[2] » .

ويقول أيضاً : « إن أصل سد الذرائع لا تعتبر النية فيه على أنها الأمر الجوهرى فى الإذن أو المنع ، إنما النظر فيه إلى النتائج والثمرات ، فإن كانت نتيجة العمل مصلحة تامة ، كان واجباً بوجوبها ، وإن كان يؤدى إلى فساد ، فهو ممنوع بمنعه

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٥٨ ، ص ٥٣٥ .

(٢) « مالك » للأستاذ محمد أبى زهرة ، ص ٣٧٥ .

لأن الفساد ممنوع فما يؤدى إليه ممنوع أيضاً ، والمصلحة مطلوبة ، فما يؤدى إليها مطلوب . والنظر فى هذا الأصل ينتهى بنا أنه ثبت لتحقيق الأصل السابق ، وهو جلب المصالح ، ودفع المفاسد ما أمكن الدفع ، والجلب ، فإنه لما كان مقصود الشريعة إقامة مصالح الدنيا على طريق تحكم فيه بحكم الدين المسيطر على الوجدان والضمير ، ودفع الفساد ومنع الأذى حيثما كان ؛ فكل ما يؤدى إلى ذلك من الذرائع والأسباب يكون له حكم ذلك المقصد الأصلى ، وهو الطلب للمصلحة ، والمنع للفساد والأذى ، وأن المقصود بالمصلحة النفع العام ؛ وبالفساد ، ما ينزل من الأذى بعدد كبير من الناس ، ولذلك إذا كان ما هو مباح للشخص من المنافع الخاصة يؤدى الاستمساك به إلى ضرر عام أو يمنع مصلحة عامة ، كان منع الاستمساك سداً للذريعة ، وإيثاراً للمنفعة العامة على الخاصة . »

ويأتى أستاذنا أبو زهرة للتدليل على أن معيار سد الذرائع موضوعى بمثال لم يمنع كون القصد فيه حسنا من اعتبار وسيلته سيئة ، لأن مآلها سيء .

والشرع إذ يعتد بمآل التصرف فى هذا المثال فيفسده ، لأن وسيلته أفضت إلى ضرر ، فمعنى ذلك أن العبرة للنتيجة فى الحكم على الوسيلة المفضية إليها ولا عبرة لما وراء هذه الوسيلة من قصد سيء أو قصد حسن .

« فمن سب الأوثان مخلصاً العبادة لله سبحانه وتعالى ، فقد احتسب نيته عند الله فى زعمه ، ولكنه سبحانه وتعالى نهى عن السب إن أثار ذلك حنق المشركين ، فسبوا الله تعالى ، فقد قال تعالت كلماته « ولا تسبوا الذين يدعون من دون الله ، فيسبوا الله عَدْواً بغير علم » فهذا النهى الكريم كان الأمر الملاحظ فيه هو النتيجة الواقعة ، لا النية الدينية المحتسبة . »

« ونرى من هذا أن المنع فيما يؤدى إلى الإثم أو إلى الفساد ، لا يتجه فيه إلى النية المخلصة فقط ، بل إلى النتيجة المثمرة أيضاً ، فيمنع لنتيجته ، وإن كان الله قد علم النية المخلصة » .

ويأتى أستاذنا أيضاً بمثال آخر ، وعلى العكس من المثال الأول ، لم يمنع كون القصد فيه سيئاً ، من اعتبار وسيلته صحيحة لأن مآلها حسن . والشرع هنا إذ يعتد

بمآل التصرف فيصححه ، لأن وسيلته أفضت إلى نفع ، فمعنى ذلك ، أن العبرة للنتيجة في الحكم على الوسيلة المفضية إليها ، ولا عبرة لما وراءها من قصد خبيث أو طيب .

« وقد يقصد الشخص الشر بفعل المباح ، فيكون آثما فيما بينه وبين الله » ولكن ليس لأحد عليه من سبيل ولا يحكم على تصرفه بالبطلان الشرعي ، كمن يرخص في سلعته ليضر بذلك تاجراً ينافسه ، فإن هذا بلا شك عمل مباح وهو ذريعة إلى إثم ، هو الإضرار بغيره ، وقد قصده ، ومع ذلك لا يحكم على عمله بالبطلان بإطلاق ولا يقع تحت التحريم الظاهر الذي ينفذه القضاء ، فإن هذا العمل من ناحية النية ذريعة للشر ، ومن ناحية الظاهر قد يكون ذريعة للنفع العام الناجم عن تنزيل الأسعار

فمبدأ سد الذرائع لا ينظر فقط النيات والمقاصد الشخصية ، كما رأيت ، بل يقصد مع ذلك إلى النفع العام ، أو إلى دفع الفساد العام ، فهو ينظر إلى النتيجة مع القصد ، أو إلى النتيجة وحدها [(1)] . »

والخلاصة : إن الفقهاء المسلمين لم يقفوا من الاعتداد بعدم مشروعية الباعث موقفاً موحداً ، بل منهم — وهم الأحناف والشافعية — من مال إلى التضييق في هذا الاعتداد ، والتزم جانب القصد ، فلم يقض ببطلان العقد الملوث بعدم المشروعية إلا إذا جاء في متن التعبير ؛ ومنهم — وهم الحنابلة والمالكية — من مال إلى التوسيع في هذا الاعتداد ، فمدّ ببصره إلى ما توارى خلف العقد من بواعث ، وقضى ببطلان العقد إذا كانت الدوافع إليه خبيثةً غيرَ مشروعة ، غيرَ آبه بخلو صيغة التعبير منها ، ما دام العاقد الآخر عالماً بها .

ولقد قدمت لنا دراستنا الأخير لمبدأ سد الذرائع دليلاً جديداً على نزوع الفريق الأول — غير الآخذ بهذا المبدأ — إلى التضييق من دائرة بطلان التصرفات لعدم المشروعية ، ونزوع الفريق الثاني — الآخذ بهذا المبدأ — إلى التوسيع من هذه الدائرة .

وتنضم النتائج التي وصلنا إليها هنا إلى ما انتهينا إليه في الباب السابق لتقرر وجود تيارين في الفقه الإسلامي تيار موضوعي يشق طريقه في التنظيم الوضعي للمذهبين الحنفي والشافعي ، وتيار ذاتي يشق طريقه في التنظيم الوضعي للمذهبين الحنبلي والمالكي .

---

(1) « مالك » للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ٢٢٥ ، ص ٣٧٦ .

القسم الثانى

دور التعبير عن الإرادة
فى
تحديد آثار التصرف القانونى
فى
الفقه الإسلامى

تمهيد

آثار العقد

٥٧٠ — *التمييز بين حكم العقد وحقوقه* : متى قام العقد صحيحاً ترتبت عليه جميع آثاره[1] . وهنا يتعين علينا أن نميز بين الأثر الأصلي ، ويدعى « حكم العقد » ، والآثار الفرعية ، وتدعى « حقوق العقد » وهو تمييز جوهري خاص بالفقه الإسلامي .

أما حكم العقد ، فهو الأثر الأصلي للعقد والغرض الأساسي منه ، وهو ينقدح من العقد فور انعقاده . كنقل ملكية المبيع إلى البائع ، ونقل ملكية الثمن إلى المشترى في عقد البيع ونقل ملكية المنفعة إلى المستأجر ، ونقل ملكية الأجرة إلى المؤجر في عقد الإيجار ، وحل استمتاع الرجل بالمرأة في عقد النكاح ، وتفويض التصرف في الوكالة .

أما حقوق العقد ، فهي آثاره الفرعية وأغراضه القانونية ، ويقصد بها المطالبات والالتزامات التي تنشأ من العقد لتثبيت حكمه وتأكيده وتقويته[2] .

ومن ثم تكون حقوق البيع التي ينشئها البيع لمصلحة البائع هي المطالبة بالثمن وحبس المبيع إلى أن يستوفيه ، وحقوق البيع التي ينشئها البيع لمصلحة المشترى هي المطالبة بقبض المبيع والمطالبة بضمان الهلاك والاستحقاق والعيب وما إلى ذلك .

ويلاحظ أن حقوق البيع العائدة إلى البائع يقابلها في الوقت نفسه التزامات مفروضة على المشترى ، والعكس بالعكس . وهذه الالتزامات إما أن تكون أصلية أو مكتسبة ، فالالتزامات الأصلية هي تلك التي تكون من مقتضيات العقد ، كالتزام

---

(١) مع ملاحظة استثناء العقود التي تحتاج إلى القبض في تمامها كعقد الهبة فانها لا تستتبع جميع آثارها إلا بعد القبض ، راجع ما سبق ، ف ١١٠ ، ص ١٠٠ .

(٢) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، ص ٣٤٦ — ٣٤٧ ؛ وانظر أيضاً رد المحتار ، ج ٤ ، ص ٦ ؛ والبدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٣ و ص ٢٤٣ ؛ وراجع مقالة « العقود والشروط والخيارات » للأستاذ أحمد ابراهيم بمجلة القانون والاقتصاد ، السنة الرابعة ، ص ٧٠٦ . راجع ما سبق ف ٦٦ و ف ٥٣٨ — ٥٤٠

البائع بتسليم المبيع ، والتزام المشترى بدفع الثمن ، والتزام المودع لديه برد الوديعة . أما الالتزامات المكتسبة فهى التى تكون زيادة على تلك المقتضيات أو تعديلاً لها ، وهى كالتزام المشترى بإيصال المبيع إلى دار المشترى ، والتزام البائع بضمان صلاحية المبيع مدة معينة .

٥٧١ — ثمرة التمييز بين حكم العقد وحقوقه :

(١) إن حكم العقد ينقدح من العقد فور انعقاده ، وهو لا يفتقر إلى عمل من العاقد لتنفيذه، لأن الشارع هو الذى يتولى هذه المهمة . أما حقوق العقد فتفتقر إلى تدخل العاقد لوضعها موضع التنفيذ ؛ لأن حق العقد فيما نرى هو صيرورة العاقد دائناً أو مديناً والمديونية إما أن يكون محلها عمل أو امتناع عن عمل وكلاهما يحتاج إلى تنفيذ .

وعلى ذلك فإن حكم العقد هو مايفهم السامع وقوعه من وقوع العقد ؛ لأنه فى الحقيقة هو موضوع العقد الذى يتحقق بمجرد التعاقد[1] فإذا قيل إن فلاناً باع داره من زيد مثلا يفهم أنه نقل ملكيتها إلى زيد بعوض . أما حقوق العقد فلا يفهم السامع وقوعها من وقوع العقد لأنها تتضمن معنى الإيقاع . وعلى ذلك إذا قيل آجر فلان داره من زيد ، فلا يفهم من ذلك وقوع تسليم المأجور ؛ لأن هذا التسليم التزام يفتقر إلى تنفيذ .

(٢) إن الحكم الأصلى لعقد ما يكشف عن الغاية النوعية لهذا العقد ، التى يتميز بها عن غيره من حيث موضوعه[2] . أما حقوق العقد فلا تحمل السمة المميزة للعقد الذى تؤكده ، بل هى قد تصلح لتأكيد عقود أخرى . فحق المستأجر فى تسلم المأجور يماثله حق المشترى فى قبض المبيع . ولذلك نستطيع أن نقول إن الحكم الأصلى للعقد هو موضوعه المميز له .

٥٧٢ — ثمرة التمييز بين حقوق العقد الأصلية وحقوقه المكتسبة :

تثبت حقوق العقد الأصلية تبعاً للحكم الأصلى بدون اشتراط ، ويتولى الشرع تحديدها . أما الثانية فلا تثبت فى العقد إلا باشتراط العاقد ، ويقتصر دور الشرع فى هذه الحقوق

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٥٣١ ، ص ٥٠٢

(٢) راجع ماسبق ، ف ٥٢٩ ، ص ٥٠٠ .

على تبنيها وتأييد صاحبها فى المطالبة بها وهذا النوع من الحقوق محل الخلاف الفقهاء تبعاً لا ختلافهم فى حرية الشروط العقدية .

٥٧٣ — بعد أن عرفنا ماهى آثار العقد ، ننتقل إلى بيان وسائل تحديدها ولزومها فنستعرض على التعاقب كلا من المواضيع الآتية :

(١) التفسير (٢) شرعية آثار التصرف القانونى (٣) القوة الملزمة للعقد .

الفصل الأول

التفسير

المبحث الأول

التفسير فى القانون المدنى السورى

٥٧٤ — *تمهيد* : قبل أن نشرع فى بيان منهج القانون المدنى السورى فى التفسير يتعين علينا أن نشير إلى معنى التفسير ، ثم نتكلم فى الفرق بين تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكييفه ، وأخيراً نستعرض مشكلة التفسير فى النظرية التقليدية ونظرية التعبير .

٥٧٥ — *معنيا التفسير* : للتفسير معنيان : تفسير بالمعنى الضيق ، وتفسير بالمعنى الواسع . ويميز الأول بين مسألتين متغايرتين : مسألة صحة التصرف ، ومسألة تحديد مضمونه . وتهدف المسألة الأولى إلى البحث عن توافر شرائط الانعقاد وشرائط الصحة أما مسألة تحديد المضمون ـ وهى المقصودة بالتفسير ـ فهى تقوم إثر التحقق من صحة التصرف[1] وتهدف إلى جلاء ما شاب التصرف من غموض ، ذلك لأن التلازم قد ينفك بين صحة التصرف ووضوحه ، فقد يقوم التصرف الصحيح على تعبير غامض أو غير واضح ، وذلك بسبب رعونة صاحب التعبير ، أو عدم احتياطه ، أو عدم دقته ، أو حتى بسبب قصور اللغة عن التعبير .

أما التفسير بالمعنى الواسع فهو يشمل المسألتين آنفتى الذكر . فطبقاً للدكتور

---

(١) قلادة ، ف ١١٤ ، ص ٣١٠ ، أبو عافية ، ف ٨٣ .

الشيتى « تعرض نظرية التفسير ليس فقط من أجل تحديد مضمون العقد قبيل تنفيذه ولكن أيضاً من أجل تقرير وجوده[1] . »

٥٧٦ — **تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكييفه** : يهدف تفسير التصرف إلى استخلاص إرادة صاحب التعبير فى التعبير المنفرد والإرادة المشتركة فى العقد . أما تحديد نطاقه فهو عملية لاحقة للتفسير ، ومتممة له ، يضيف فيها القاضى إلى النية المشتركة مالم تتناوله فى الواقع ولكن يعتبر من مستلزماتها ، وذلك بالاستناد إلى القانون والعرف والعدالة وطبيعة الالتزام . ويعتبر تحديد نطاق العقد بوصفه تحديداً لآثار العقد القانونية مسألة قانونية تخضع لرقابة محكمة النقض . أما التكييف فهو لا يبدأ إلا بعد الانتهاء من التفسير ، وهو يفترض علاوة على صحة التصرف مضموناً خاليا من الغموض أى إرادة واضحة .[2]

٥٧٧ — **النظرية التقليدية فى التفسير** : عرفنا سابقاً أن النظرية التقليدية تقوم على اعتبار الإرادة الباطنة جوهراً للتصرف القانونى . ونشير هنا إلى أن ثمرة هذا الاعتبار تتبدى فى نطاق التفسير فى إعمال جميع الظروف الخارجية المصاحبة للتصرف توصلا إلى الإرادة الحقيقية لصاحبيه إذا كان صادراً من جانبين ، أو لصاحبه إذا كان صادراً من جانب واحد ، ذلك لأن النظرية التقليدية تبحث عن الإرادة الباطنة حيث يمكن أن توجد ، وهى ترخص للقاضى تبعاً لذلك ، باستمدادها من جميع الظروف التى أحاطت بالتصرف ، لكى يتاح له ضم اجزاء التعبير المتناثرة ، واستخلاص إرادة واحدة تعزى إلى التعبير فى مجموعه . ويدخل فى هذه الظروف المنفمة الاجتماعية والعدالة والثقة الواجبة فى المعاملات وتعتبر هذه الوسائل الأخيرة مسائل واقعية تخضع لسلطان قاضى الموضوع لأنها مجرد وسائل للافصاح عن الواقعة النفسية التى يحتويها التصرف القانونى[3] وهى لا تعدوا أن تكون جزءاً من التعبير الثانوى الذى يفصح عن الإرادة الملزمة . ويلاحظ أن الظروف الخارجية السابقة يجب أن تكون كالتعبير الرئيسى قد توافق عليها الطرفان معاً ، وهذا ما ينطبق على العرف الذى يدعى به واحد

---

(١) تكوين العقد وتفسيره فى القانون المدنى المصرى الجديد للدكتور أحمد زكى الشيتى ، ف ٣٩ .
(٢) المرجع السابق ، ف ٣٧ ، ٤٤ ، ٤٨ .
(٣) قلادة ، ف ١٢٠ ، ص ٣٣٣ .

من الطرفين إذ يجب أن يثبت أنه كان معلوماً من الطرف الآخر وأن الاثنين قد ارتضياه[١]

٥٧٨ — **النظرية المادية في التفسير** : بينما تمتد وسائل القاضي لتحديد مضمون التصرف إلى مجال الظروف الخارجية للتصرف في ظل النظرية التقليدية ، تنكمش هذه الوسائل في ظل النظرية المادية في حدود التعبير الرئيسي نفسه ، ذلك لأن التعبير في هذه النظرية هو جوهر التصرف ، فعليه وحده يجب أن تتركز أنظار القاضي . وهو ليس لازماً فحسب — وهذا ما تقره النظرية التقليدية — بل هو كاف أيضاً ؛ ذلك لأن التعبير في منطق هذه النظرية هو قرينة قاطعة على وجود الإرادة لا يقبل إثبات العكس . وهو بالإضافة إلى ذلك قانون خاص يسهم في تنظيم المصلحة العامة التي تسمى إليها القوانين العامة . وعلى ذلك يترتب على القاضي — تحقيقاً لهذه المصلحة — أن يعول على المنفعة الاجتماعية والعدالة والثقة الواجبة في المعاملات إبان استخلاصه للإرادة الباطنة . ويلاحظ أن هذه المعايير المادية تعتبر مسائل قانونية لا مسائل واقعية كما في النظرية التقليدية[٢] .

٥٧٩ — **التفسير في القانون المدني السوري** : ونتساءل بعد ما تقدم إلى أي من هاتين النظريتين انحاز المشرع السوري ؟

تنص المادة ١٥١ من القانون المدني السوري على أنه « ١ — إذا كانت عبارة العقد واضحة فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين .

٢ — أما إذا كان هناك محل لتفسير العقد ، فيجب البحث عن النية المشتركة للمتعاقدين ، دون الوقوف عند المعنى الحرفي للألفاظ مع الاستهداء في ذلك بطبيعة التعامل ، وبما ينبغي أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين ، وفقاً للعرف الجاري في المعاملات » .

وجاء في المادة ١٥٢ « يفسر الشك في مصلحة المدين ، ومع ذلك لا يجوز أن

---

(١) المرجع السابق ، ف ١٢٥ ، ص ٣٥١ .

(٢) المرجع السابق ، ف ١٢٠ ، ص ٣٣٣ .

يكون تفسير العبارات الغامضة فى عقود الإذعان ضاراً بمصلحة الطرف المذعن » .

ويستفاد من المادتين آنفتى الذكر أن عبارات العقد — من حيث حاجتها إلى التفسير — لا تخرج عن حالتين ، فهى إما أن تكون واضحة ، وإما أن تكون غير واضحة .

وفى الحالة الأولى إما أن يتلازم وضوح العبارة مع وضوح الإرادة ، فعندها يؤخذ بالإرادة الظاهرة ، وهى ليست سوى الإرادة الباطنة التى جاء التعبير صورة مطابقة لها . وإما أن ينفك وضوح الإرادة عن وضوح العبارة ، إما لتعارض العبارة مع الظروف الخارجية ، أو لسبب آخر ، وعندها يتعين على القاضى أن يطرح الإرادة الظاهرة التى لم تشف عن الإرادة الحقيقية ، والتى ثبت عدم مطابقتها لها ، وأن يأخذ بهذه الأخيرة بعد أن يبين الأسباب التى دعته إلى العدول .

وفى الحالة الثانية ، أى حالة عدم وضوح الإرادة ، إما أن يستطاع الوصول إلى قصد الطرفين من غير شك . فعندها يسعى القاضى إلى الوصول إلى الإرادة عن طريق معايير مادية أشار إليها المشرع على سبيل المثال هى « ما ينبغى أن يتوافر من أمانة وثقة بين المتعاقدين وفقاً للعرف الجارى فى المعاملات » ويعتبر استخلاص القاضى النية الحقيقية المشتركة للمتعاقدين من عبارات العقد الغامضة مسألة موضوعية لا يخضع فيها لرقابة محكمة النقض .

وإما أن يكتنف الشك طريق الوصول إلى هذا القصد وعندها خول المشرع القاضى تفسير الشك فى صالح المدين فى عقود الاستيام وفى صالح المذعن فى عقود الإذعان.

ومما تقدم يبين أن المشرع السورى قد نهج فى التفسير مسلكا ذاتياً، ذلك لأنه لم يحرم التفسير إلا إذا كانت عبارة العقد فى مجموعها — أى إرادة المتعاقدين — واضحة وهذا هو بالذات نظام الإرادة ، إذ يستخلص المضمون من التعبير الرئيسى ومجموع الظروف الخارجية[1] .

---

(١) قلادة ، ف ١٢٢ ، ص ٣٤٠ . ويقول الدكتور وليام قلادة فى هذا المعنى : « إننا فى هذا الصدد نلتزم التنظيم الوضعى نفسه ، محددين سلطة قاضى الموضوع ورقابة محكمة النقض طبقاً لأحكام هذا التنظيم ذاته ، ونربطها دون تردد ، ربطاً تاماً بنظام الإرادة ، مستندين فى ذلك على ما للظروف الخارجية من أثر فى تحديد مضمون العقد فهذا معيار الأخذ بالإرادة الباطنة ودليلها الوضعى الأكيد المرجع السابق ، ص ٣٤٢) . »

المبحث الثانى

التفسير فى الفقه الإسلامى

٥٨٠ — قدمنا أن الفقه الإسلامى موضوعى النزعة . ولمسنا إبان دراستنا لنظرية الخلاف بين التعبير والإرادة المكانة التى تحظى بها الإرادة الظاهرة . ونمضى هنا فى دراسة نهج الفقه الإسلامى فى تفسير التصرف القانونى ، وسنرى أن هذا النهج موضوعى النزعة ، يأخذ اللفظ على معناه الواضح ، ولا ينحرف عنه بحجة تفسير نية المتعاقدين . وهو فى هذا يقف عند الإرادة الظاهرة دون الإرادة الباطنة . فإذا اقتضى الأمر تفسير نية المتعاقدين وجب الرجوع إلى التعبير الرئيسى فى التصرف ؛ والأصل فيه الحقيقة ، ولا يصار إلى المجاز إلا إذا تعذرت الحقيقة[1] . وكذلك إذا تعارضت الدلالة مع التصريح ، اعتبر التصريح ولا عبرة بالدلالة[2] . وإذا خفى الأمر حكم بالظاهر فهو دليله فى الأمور الباطنة ويقوم مقامه[3] . ويذكرنا هذا المسلك بالنظرية المادية فى التفسير التى سبق أن أشرنا إليها . ونشير هنا إلى أن الفقهاء ليسوا سواء فى الانتصار لهذه المادية . فبينا بلغ ببعضهم إلى الإفراط فى التشيع لها لدرجة دعته إلى الركون إلى التفسير الحرفى والتقيد بدقائق اللغة العربية ، نجد فريقاً آخر التزم جانب القصد ونادى بوجوب الاستهداء بالعرف ، بدلا من قواعد النحو واللغة . هذا ولا يغرنك ما ترى بين قواعد المجلة من مواد يشير ظاهرها إلى التعويل على الإرادة الباطنة كالمادة الثالثة التى تنص على أن « **العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى لا للألفاظ والمبانى** » . فإن إمعان النظر فى الفروع التى يأتى بها الفقهاء كتطبيق لهذه القاعدة يدعونا إلى القول بأن مؤداها هو أن « العبرة فى تفسير العقود للإرادة الظاهرة لا للتفسير الحرفى » ذلك أن الفقهاء يقصدون بـ « المعنى » الوارد فى المادة السابقة الإرادة الظاهرة . ويقصدون بـ « المبنى » المعنى الحرفى . ونشرع فيما يلى بإيضاح ما أسلفنا ؛ فنتكلم أولا عن مؤدى المادة الثالثة ، ثم نستعرض الفروع التى تبين اعتداد الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة إنْ فِى إطار التفسير بالمعنى الضيق أو التفسير بالمعنى الواسع .

(١) المادة ١٢ من المجلة ؛ وراجع ف ٢ من المادة ١٥٥ من القانون المدنى العراقى .
(٢) المادة ١٣ من المجلة ؛ وانظر المادة ١٥٧ من القانون المدنى العراقى .
(٣) المادة ٦٨ من المجلة .

٥٨١ — **مؤدى المادة ٣ من المجلة** : يذهب بعض الباحثين إلى القول بأن الفقه الإسلامى يعتد بالإرادة الباطنة مستنداً فى ذلك إلى منطوق المادة الثالثة من أحكام المجلة[١] . وإن إمعان النظر فى الفروع التى يأتى بها الشراح عادة لإيضاح هذه المادة ينتهى بالباحث إلى القول بأن العبرة فى التفسير هو للإرادة الظاهرة كما أسلفنا . أما الفروع التى يأتى بها الفقهاء للتدليل على اعتداد المادة الثالثة بالإرادة الباطنة كاعتبار هبة الدار فى مقابل ثوب بيعاً ، واعتبار الكفالة المشروط فيها براءة ذمة المدين حوالة ، فهى لا تسعف فى دعم هذه الدعوى ، ذلك لأن الإرادة الظاهرة لمن وهب داراً فى مقابل ثوب « تتجه للبيع لا للهبة والدليل على ذلك أنه خرج عن ملكه بمقابل ، والكفالة لا تبرىء ذمة المدين ، بينما تبرئها الحوالة ، فإبراء ذمة المدين دليل على أن الكفالة حوالة » . وقل مثل ذلك فى سائر الأمثلة[٢] » .

ويؤيد ماذهبنا إليه قاعدة أخرى فى الفقه الحنفى هى أقدم نسبة من تلك ونصها: **« المعتبر فى أوامر الله المعنى ، والمعتبر فى أمور العباد الاسم واللفظ [٣] »** .

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٤٨٥ ، ص ٤٦٣ .

(٢) ونستعرض فيما يلى نصاً من الفقه الشافعى يمثل تردد هذا الفقه بين الاعتداد بالمعنى الحرفى (المبنى) والإرادة الظاهرة (المبنى) .

« قال المتولى لو قال : وهبت لك هذه بألف ، أو هذا لك هبة بألف ، فقبل ، هل ينعقد هذا العقد ؟ فيه خلاف مبنى على قاعدة وهى : «أن الاعتبار فى العقود بظواهرها أم بمعانيها» وفيه وجهان:

أحدهما : الاعتبار بظواهرها . لأن هذه الصيغ موضوعة لإفادة المعانى وتفهيم المراد منها عند أطلاقها ، فلا تترك ظواهرها ولهذ لو استعمل لفظ الطلاق ، وأراد الظهار أو عكسه ، تعلق باللفظ دون المنوى . ولأن اعتبار المعنى يؤدى إلى ترك اللفظ . ولأنا أجمعنا على أن ألفاظ اللغة لا يعدل بها عما وضعت له فى اللغة ، فيطلق اللفظ لغة على ما وضع له ، فكذا ألفاظ العقود . ولأن العقود تفسد باقتران شرط مفسد ، ففسادها بتغيير مقتضاها أولى .

الوجه الثانى : أن الاعتبار بمعانيها ، لأن الأصل فى الأمر الوجوب ، فإذا تعذر حمله عليه ، حملناه على الاستحباب ، وأصل النهى التحريم ، فإذا تعذر حمله عليه ، حملناه على كراهة التنزيه ، وكذا هنا إذا تعذر حمل اللفظ على مقتضاه يحمل على معناه . ولأن لفظ العقد إذا أمكن حمله على وجه صحيح لا يجوز تعطيله . ولهذا لو باعه بعشرة دراهم . وفى البلاد نقود أحدها غالب حملناه على الغالب طلباً للصحة .

قال المتولى : ويتفرع على هذه القاعدة مسائل ، منها : المسألة الأولى وهى إذا قال : وهبته لك بألف . فإن اعتبرنا المعنى ، انعقد بيعاً ، وإن اعتبرنا اللفظ ، فسد العقد . . . (المجموع شرح المهذب ، ج ٩ ، ص ١٧٢) . »

(٣) حاشية الحموى على الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٠ .

وقد وفق أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة بين هاتين القاعدتين المتعارضتين، ذاهباً إلى أن المراد من « المعنى » الوارد فى القاعدة الأولى : « المدلول الذى يفهم من العبارات التى أنشىء بها العقد متضامه متلاصقة غير متنافرة بحيث يشترك كل جزء من العبارة فى إنتاج ذلك المدلول[1] . » وأن المراد من « المعنى » الوارد فى القاعدة الثانية : « النية والغرض والمرمى الذى لم يقترن بالعقد عبارة تنبىء عنه صراحة[2] . » وبعبارة أخرى يريد أستاذنا الجليل ليقول إن المراد من « المعنى » فى القاعدة الأولى الإرادة الظاهرة ، والمراد من « المعنى » فى القاعدة الثانية السبب المصلحى وأن هذا الأخير لا يعتد به إلا إذا كان جزء من التعبير ويؤيد هذا الفهم أن أستاذنا قد ذهب إلى أن المراد من كلمة « المبانى » « المدلولات اللغوية أو العرفية مجردة[3] » أى وبعبارة أخرى يريد أن يقول إن المقصود من المبانى المعانى الحرفية . ونحن نوافق على هذا التأويل السديد لاتفاقه مع تأويلنا السابق ولما انتهينا إليه فى دراستنا للسبب المصلحى لدى الأحناف[4].

ويؤيد تأويلنا السابق أيضاً قاعدة أخرى وردت فى المذهب الشيعى ونصها « انما يحرم ويحلل الكلام » وقد أشار إلى التعارض بين هذه القاعدة وقاعدة العبرة فى العقود للمقاصد ... » آية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء . فقد جاء فى شرحه للقاعدة الأخيرة : « اعتبار القصود فى العقود مما لا شك فيه ولا ريب بمعنى أن العقد إذا خلا من قصد فهو لغو بل كل كلام كذلك ، ولكن إناطة المراد فى العقد على القصد وحده دون اللفظ ، غير صحيح . كيف وقد ورد فى السنة الصحيحة « إنما يحرم ويحلل الكلام » بل لا يتحقق العقد إلا باللفظ الخاص ، ولكن مع القصد فالقاعدة الصحيحة هى ما عبر عنه فقهاؤنا بقولهم : العقود تابعة للقصود ؛ يريدون أن كل معاملة كالبيع والإجارة والرهن لها ألفاظ تخصها ، بحسب الوضع والشرع ، يعبر عنها بالعقد ولكنها لا تؤثر الأثر المطلوب من ذلك العقد إلا بقصد معناه من لفظه ، فلو لم يقصده أو قصد معنى آخر . كما لو قصد من البيع الإجارة ، او من الإجارة البيع ، ولو مجازاً ، كان باطلا ، لأن المدار على القصد وحده ، دون اللفظ . . . أما المثال الذى . . . سماه بيع

(١) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ١٣٤ ، ص ٢١٥ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) المرجع السابق .
(٤) راجع ما سبق ، ف ٥٤٩ ، ص ٥٢١ وماب .

الوفاء ويسمى عند الإمامية بيع الخيار فهو عند فقهائنا أجمع بيع حقيقة ولا تجرى عليه أحكام الرهن[1] . »

ويقول آل كاشف الغطاء فى مكان آخر فى شرح قاعدة العبرة فى العقود للمقاصد . . .
« لعل المراد بهذه المادة أن الألفاظ تتبع ما أريد وقصد منها ، لا ماهى دالة عليه بحسب وضعها التعيينى ، فلفظ « بعت » مثلا وإن كان دالاً بالوضع والاستعمال على نقل الأعيان ؛ ولكن لو أريد منه نقل المنافع بدل الإجارة الموضوعة لذلك ، كان الاعتبار بما قصد وأراد ولو مجازاً أو غلطاً ، لا بما هو مدلول اللفظ بحسب وضعه .
ولكن التحقيق عندنا — وهو الظاهر من بعض النصوص ومتون فقهائنا — أن العقود يلزم فيها استعمال الألفاظ الصريحة الدالة على معانيها بالوضع والمطابقة ، فلا يصح فيها المجاز والكناية ، فضلا عن مخالفة الوضع الشخصى أو النوعى واستعمال البيع فى الإجارة قد لا يكون صحيحاً لا حقيقة ولا مجازاً فيكون غلطاً ويقع العقد المذكور مثلاً باطلاً .

نعم لا ريب أن القصود هى الركن الأعظم فى العقود ، ولكن بقيد الألفاظ الخاصة الموضوعة للدلالة عليها المتحدة بتلك المعانى اتحاد جعلياً ، لا بالألفاظ الغريبة عنها . إذ من المعلوم أن للفظ أنساً وملابسة مع المعنى الموضوع له المستعمل فيه ، ونفوراً ووحشة من المعنى الغير الموضوع له وعلى كل فالصراحة اللازمة سيما فى العقود اللازمة توجب استعمال الألفاظ الدالة على المعانى المقصودة بالوضع والمطابقة ، لا بالمجاز والكناية ، فضلا عن الغلط . فاللازم أن تكون المادة هكذا : « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى مع الألفاظ والمبانى[2] » . ويلاحظ من النصين السابقين أن فقهاء الشيعة هم أكثر تقيداً بالنزعة الموضوعية فى التفسير وهذا ما دعاهم إلى اعتبار بيع الوفاء بيعاً ، لا رهناً ، أضف إلى ذلك أنه بينا يزور الأحناف عن التفسير الحرفى ، كما رأينا ، يقترب هؤلاء منه ، ويبطلون التعبيرات التى ترد عن طريق المجاز .

---

(١) تحرير المجلة لآية الله محمد الحسين آل كاشف الغطاء ، ج ١ ، ص ١٧ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٦٣ .

٥٨٢ — **التفسير بالمعنى الضيق** : بعد أن عرفنا المؤدى الحقيق لقاعدة العبرة فى العقود للمقاصد . . . ننتقل إلى استعراض النصوص الفقهية التى تشير إلى اعتداد الفقهاء بالتعبير الرئيسى للتصرف إبان تحديدهم لمضمونه . . وسنرى خلال استعراضنا لهذه النصوص أن ثمة تيارين فى الفقه الإسلامى كانا يجاوران هذا المسلك : تياراً مغرقاً فى المادية يهدف إلى الاعتداد بقواعد النحو والاستعمال اللغوى ، وتياراً آخر يلتزم جانب القصد يهدف إلى الاعتداد بالعرف .

الإبراء : يتقيد الفقهاء فى ألفاظ الإبراء تقيداً حرفياً لغوياً ، ويعطون لكل لفظ نحوى خاصاً لا يحيدون عنه .

(ا) فإذا قال دائن لمدينه « أنت برىء مما لى **عليك** » أصبح الآخر بريئاً من الديون فقط ، دون الأمانات ؛ ويعلل الفقهاء ذلك بأن كلمة « على » لا تستعمل إلا فى الديون ، فلا تدخل تحتها الأمانات .

(ب) وإذا قال دائن لمدينه «أنت برىء مما لى **عندك** » أصبح المدين بريئاً مما أصله أمانة ، ولا يتناول ما أصله غصب أو مضمون . ويعلل الفقهاء ذلك بأن كلمة « عندى » تستعمل فى الأمانات لا فى المضمونات .

ويعترض ابن عابدين على عدم شمول كلمة « عندى » للمضمونات ، فيقول : « ولكنه خلاف عرف الناس فى زماننا فينبغى أن يتناول الجميع بقرينة العرف[1] » .

(جـ) وإذا قال دائن لمدينه «أنت برىء مما لى **قبلك** » برىء عن الضمان والأمانة ، لأن كلمة « قِبَل » تستعمل فى الأمانات والمضمونات جميعاً .

(د) إذا قال الدائن لمدينه « أبرأتك عن هذه العين » كان الإبراء غير صحيح ، أما إذا قال الدائن « هو برىء مما لى عنده » صحّ إبراؤه . ويعزى صاحب المحيط عدم صحة الإبراء الأول لكونه إنشاء ولأن العين لا تقبل الإسقاط .

أما الإبراء الثانى فهو صحيح ، لأنه إخبار عن ثبوت البراءة بسبب صالح لها ، وهو النفى من الأصل أورد العين إلى صاحبه .

(١) رسالة إعلام الأعلام بأحكام الإقرار العام لابن عابدين ، ص ٩٦ — ٩٧ .

الإقرار : (ا) إذا قال المقر : « لفلان على درهم **غير** دانق » ، يلزم المقر بدفع خمسة دوانق إذا جاء لفظ « غيرَ » منصوباً ؛ ويلزم بدفع درهم تام ، إذا جاء لفظ « غيرُ » مرفوعاً . ويعلل الأصوليون ذلك بقولهم : إن المقر فى حالة نصب « غير » يلزم بدفع خمسة دوانق ؛ لأن « غير » جاءت استثناء . ولما كان الدرهم يعادل ست دوانق فينصب الإقرار على خمسة دوانق فقط .

أما فى حالة رفع « غير » فإن المقر يلزم بدفع درهم تام ؛ لأن كلمة « غير » هنا جاءت صفة للدرهم ، فكأن المقر يريد أن يقول أنه يقر بدرهم مغاير للدانق وهو بهذا القيد يحترز عن الدرهم المغاير للدانق[1] .

الوصية : ولو قال : « **ان كان فى بطن فلانة** جارية فلها وصية ألف ، وإن كان فى بطنها غلام فله وصية ألفان » ، فولدت جارية لستة أشهر إلا يوماً ، وولدت غلاماً بعد ذلك بيومين ، فلهما جميع الوصية لأنهما أوصى لهما جميعاً ، لكن لأحدهما بألف وللآخر بألفين . .

ولو قال : « **ان كان الذى فى بطن فلانة** غلاماً فله ألفان ، وإن كان جارية فلها ألف » فولدت غلاماً وجارية فليس لواحد منهما شىء من الوصية ، لأنه جعل شرط استحقاق الوصية لكل واحد منهما أن يكون هو كل ما فى البطن بقوله : « إن كان الذى فى بطنها كذا » ، فله كذا . وكل واحد منهما ليس هو كل ما فى البطن ، بل بعض ما فيه ، فلم يوجد شرط استحقاق الوصية فى كل واحد منهما ، فلا يستحق أحدهما شيئاً .

بخلاف المسئلة الأولى لأن قوله « إن كان فى بطن فلانة جارية ، فلها كذا » و « إن كان فى بطنها غلام ، فله كذا » ليس فيه شرط أن يكون كل واحد كل ما فى البطن ، بل الشرط فيه أن يكون فى بطنها غلام ، وأن يكون فى بطنها جارية . وقد كان فى بطنها غلام وجارية ، فوجد شرط الاستحقاق .[2] . »

---

(١) البدائع ، ج ٧ ، ص ٢٠٩ ، س ٣٣ .

(٢) البدائع ، ج ٧ ، ص ٣٣٦ ، س ٩ .

يلاحظ من المثال السابق أن إضافة لفظ « الذى » إلى صيغة الوصية قد أدى إلى إلغائها ، بالاستناد إلى معيار موضوعى ، هو قواعد اللغة العربية ، التى تعطى معنى الاستغراق إلى هذا اللفظ

الإجارة : جاء فى مجمع الضمانات : « رجل قال للخياط : « انظر إلى هذا الثوب ، فإن ، كفانى قميصا **فاقطعه** ، وخطه بدرهم » فقال الخياط : « نعم » وقطعه ثم قال بعد ماقطع : «لا يكفيك» ، ضمن الخياط قيمة الثوب ، لأنه إنما أذن له بشرط الكفاية . ولو قال للخياط : « انظر أيكفينى قميصاً ؟ » فقال الخياط: « نعم يكفيك » فقال رب الثوب : « **اقطعه** » فقطعه ، فإذا هو لا يكفيه ، لا يضمن الخياط شيئاً ، لأنه أذن له بالقطع مطلقاً . فإن قال الخياط نعم ، فقال صاحب الثوب فاقطعه أو اقطعه إذن فقطعه ، كان ضامناً إذا كان لا يكفيه ، لأنه علق الإذن بالشرط[1] . » فأنت ترى من هذا النص بوضوح النهج الموضوعى الذى ركن إليه الفقهاء فى استخلاص المعانى من الألفاظ فهم فى هذا المثال قد عولوا على كلمة « إذن » ، بل على حرف « الفاء » لاستخلاص إرادة المتعاقد الظاهرة من الصيغة ، فيعلق الإذن بالشرط أولا يعلق تبعاً لوجود هذا الحرف أو تلك الكلمة أو لانعدامهما .

النكاح : لو قال أب المخطوبة لأب الخاطب : « زوجتك ابنتى لابنك » فقال الآخر : قبلت ، انعقد النكاح لأب الخاطب ، لإسناد التزويج إليه . ويصرح ابن عابدين أن الإيجاب هنا معناه عرفاً « أعطيتك ابنتى زوجة لابنك » ومع ذلك لا ينعقد للابن ، لأن اللفظ لا يساعد المعنى العرفى « والنية لا تنفع وحدها[2] . »

٥٨٣ — **التفسير بالمعنى الواسع :** بعد أن استعرضنا النصوص الفقهية التى تكشف لنا عن مسلك الفقهاء فى استكناه مضمون الإرادة من العبارات والصيغ التى استعملها العاقدان ، نورد فيما يلى نصوصاً أخرى تكشف لنا مسلك الفقهاء فى التحرى عن الإرادة التصرفية نفسها ، والتثبت من قيام التصرف ، وسنرى أن الفقهاء فى هذا

---

(١) مجمع الضمانات ، ص ٤٠ — ٤١ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ٤٤٨ ، ص ٤٢٧ .

المجال يقفون أيضاً عند العبارات والصيغ ، ولا يتعدونها إلى الإرادة الباطنة .

الإقرار : قال الدائن « أليس لى عليك ألف ؟ » أجاب المدين : « **بلى** » ، فهو إقرار له بها . وإن قال « **نعم** » لايكون إقراراً . ويعلل الفقهاء الفرق بالاستناد إلى دقائق اللغة العربية فيقولون إن كلمة « بلى » تفيد الإقرار ، لأنها جواب الاستفهام المنفى بالإثبات . بينما « نعم » لا تكون إقراراً ، لأنها جوابه بالنفى ، فكأنه قال : « ليس لك على » .

وذهب فريق إلى التسوية بين لفظى بلى ونعم واعتبار الإقرار حاصلا فى الحالين مستندين إلى أن الإقرار يحمل على العرف لا على دقائق العربية[1] .

الطلاق : لو قال لامرأته موصولا « إن كلمتك فأنت طالق **فاذهبى** » لا تطلق مالم يرد الاستئناف[2] ، ولو قال « **اذهبى** » طلقت ، لأنه مستأنف . فهنا فى الحالة الأولى يأخذ الفقهاء بالأرادة الباطنة ، ويرجعون إلى قصد المتكلم ، أما فى الحالة الثانية فهم يأخذون بالإرادة الظاهرة . فأنت ترى أن حرفاً واحداً وهو « الفاء » يكفى لاستخلاص الإرادة الظاهرة للمطلّق .

العارية : جاء فى مجمع الضمانات : « رجل طلب من رجل ثوراً عارية ، فقال له المعير : **أعطيك غداً** ، فجاء المستعير فى الغد ، وأخذه بغير إذن صاحبه ، ومات فى يده ضمن . . وفى فتاوى قاضيخان فيمن استعار من آخر ثوراً غداً ، فأجابه بـ « **نعم** » فجاء المستعير غداً ، ولم يجد صاحب الثور ، فأخذ الثور من بيته ، واستعمله ، فعطب ، لا يكون ضامنا .

والفرق بينهما وبين المسألة السابقة أن المستعير هنا أخذ الثور من بيته غداً ، وكان صاحب الثور أجابه بـ « نعم » ، وثمة قال صاحب الثور : « أعطيك غداً » ، فهو وعد له بالإعطاء ، وما أعاره[3] . »

٥٨٤ — ويخلص مما تقدم أن القاعدة الأساسية فى تفسير التصرف فى الفقه

---

(١) الدر المختار ، ج ٤ ، ص ٤٧٢ ، س ٣ .
(٢) رد المحتار ، ج ٣ ، ص ١٤١ ، س ٨ .
(٣) مجمع الضمانات ، ص ٢٨ .

الإسلامى هى أن يؤخذ اللفظ على معناه الواضح دون الانحراف عنه بحجة تفسير نية صاحب التعبير فى التصرفات الأحادية ، أو نية العاقدين فى التصرفات الصادرة من الجانبين . ونقدم فيما يلى صورة عن إغراق بعض الفقهاء فى التشيع للتفسير الحرفى ، وما قام فى وجه هذا المسلك من دعوة إلى الاعتداد بالعرف ، ثم نورد نصوصاً مهمة للفقيه الكبير أيهرنغ IHRING يكشف فيها عن مثالب هذا الضرب من التفسير .

٥٨٥ — التفسير الحرفى : قام بين فقهاء الأحناف خلاف حول إمكان انعقاد عقد النكاح بالألفاظ المصحفة كتجوزت أو جوزت فمنهم من جنح إلى عدم الاعتداد بهذه الألفاظ المصحفة كصاحبى التنوير والتلويح ، ومنهم من جنح إلى الاعتداد بها كالحصكفى وأبى السعود وخير الدين الرملى وحجة الفريق الأول ـ أنصار التفسير الحرفى ـ أن « اللفظ إذا صدر عن تحريف وتصحيف لم يكن حقيقة ولا مجازاً لعدم العلاقة ، بل غلطاً فلا اعتبار به أصلا » وحجة الفريق الثانى ـ خصوم التفسير الحرفى ـ « أنه لو اتفق قوم على النطق بهذه اللفظة ، وصدرت عن قصد ، كان ذلك وضعاً جديداً ، فيصح . » هذا ما قاله الحصكفى ـ وأيد الرملى اعتبار هذه الألفاظ بقوله : « إن الصادر من الجهلة الأغمار تصحيف لا دخل فيه لبحث الحقيقة والمجاز لا لنفى الاستعارة المرتب على عدم العلاقة فيه ، إذ معناه الأصلى أى معنى لفظ التجويز ـ وهو التسويغ أو جعله ماراً ـ غير ملاحظ لهم أصـــــلا . إذ العامى بمعزل عن درك ذلك[1] . »

وهكذا يلاحظ أن أكثر الفقهاء مالت إلى اعتبار لفظ التجوز ، وما ذلك إلا لأن الناس قد تعارفوا هذا اللفظ « مريدين منه معنى الزواج بحيث تبادر هذا المراد منه فصار من صيغه الصريحة ، لأنه غلب استعماله فى الزواج عن قصد صحيح من غير علاقة بينه وبين المعنى اللغوى ، فكان حقيقة عرفية مرتجلة[2] »[3] .

---

(١) رسالة العرف لابن عابدين ، ص ١٣٨ .

(٢) العرف والعادة للأستاذ أحمد فهمى أبى سنة ، ص ١٣٩ .

(٣) وفى نطاق القانون العام نجد أمثلة لاعتداد الفقهاء بهذا التفسير الحرفى ونورد فيما يلى مثالين أحدهما عن التفسير الحرفى فى صيغ القذف ، والثانى عن التفسير الحرفى فى صيغ الإقرار . =

٥٨٦ — **نفى التفسير الحرفى** : يستخلص مما تقدم ، أن المحاولات التى قامت لاعتماد دقائق اللغة العربية أساساً للتفسير لم تسد ، بل حل محلها اعتبار موضوعى آخر ، وهو العرف . وأصبحت القاعدة السائدة « **يحمل كلام كل عاقد وواقف على عرفه** » ، ويقول ابن عابدين فى هذا الصدد فى رسالة العرف : « إن لفظ الواقف والحالف وكل عاقد يحمل على عادته ولغته ؛ وافقت لغة العرب ، أولا ، ويدل على ذلك أن الكلام العربى على اختلاف لغاته إنما وضع للتفاهم والتخاطب ، ولا شك أن كل متكلم يقصد

= (ا) القذف : اختلف الفقهاء فى لفظ « يازانيه » إذا قذفت به المرأة زوجها ، ذهب محمد إلى وجوب الحد على الزوجة ، على اعتبار الهاء هنا صلة زائدة ، أو للمبالغة ، وفى الحالين لا يختل معنى القذف ، وذهب أبو حنيفة إلى عدم وجوب الحد ، لأن الهاء هنا للتأنيث ، ووصف الرجل بفعل المرأة وهو التمكين لا يتصور .

جاء فى البدائع : « وعلى هذا يخرج ما إذا قال الرجل « يازانية » إنه لا يكون قذفاً عندهما . وجه قوله : إن الهاء قد تدخل صلة زائدة فى الكلام ، قال الله تعالى عز شأنه خبراً عن الكفار (ماأغنى عنى ماليه ، هلك عنى سلطانيه) ومعناه مالى وسلطانى ، والهاء زائدة فيحذف الزائد فيبقى قوله « يازانى » وقد تدخل فى الكلام للمبالغة فى الصفة كما يقال (علامة ونسابة ونحو ذلك) فلا يختل به معنى القذف ، يدل عليه أن حذفه فى لغة المرأة لايخل بمعنى القذف حتى لو قال لامرأة «يازانى» يجب الحد بالإجماع فكذلك الزيادة فى لغة الرجل .

ولهما : أنه قذف بما لا يتصور فيلغو . ودليل عدم التصور أنه قذفه بفعل المرأة وهو التمكين لأن الهاء فى الزانية هاء التأنيث كالضاربة والقاتلة والسارقة ونحوها وذلك لا يتصور من الرجل بخلاف ما إذا قال لامرأة «يازانى» لأنه أتى بمعنى الاسم وحذف الهاء ، وهاء التأنيث قد تحذف فى الجملة كالحائض والطالق والحامل ونحو ذلك (البدائع ، ج ٧ ، ص ٤٥ ، س ٢٥) . »

(ب) الإقرار : إذا أقر المتهم بقوله (أنا سارقُ هذا الثوب) باضافة لفظ السارق إلى الثوب تقطع يده . أما إذا أقر بتنوين لفظ السارق ، أى بدون أن يضيف لفظ السارق إلى الثوب بأن قال : « أنا سارقٌ هذا الثوب » فلا تقطع يده . والسبب فى التفريق بين الحالتين أن اسم الفاعل فى الحالة الأولى يفيد الزمن الماضى ، فكأنه يريد أن يقول أنه سرق . أما فى الحالة الثانية فإن اسم الفاعل قد ورد منونا وهو فى هذه الحالة يفيد الحال والاستقبال . فلا تقطع يد المتهم لوقوع الشك ، فكانه يريد أن يقول بأنه سوف يسرق هذا الثوب ، فيكون وعداً بالسرقة ، لا إقراراً ، ويذهب ابن عابدين إلى الزام العالم دون الجاهل بهذه القواعد « لأن العوام لا يفرقون » (رد المحتار ، ج ٣ ، ص ٢٨٤)

ولعل مرد تعويل الفقهاء على قواعد اللغة العربية فى الصيغ التى يترتب عليها تطبيق الحدود يرجع إلى فسح المجال لدرء الشبهة ما أمكن .

مدلول لغته فيحمل كلامه عليها ، وإن خالفت لغة الحاكم والقاضي باعتبار قصده[1] » .

ويقول ابن عابدين في موضع آخر : « إن لغة هذا الزمان الملحونة صارت بمنزلة لغة أخرى لا يقصدون غيرها ، فحمل كلامهم على غير لغتهم صرف له إلى غير معناه .
« **ولا يجب مراعاة الالفاظ اللغوية والقواعد العربية الا في القرآن والحديث** وإنما بني الفقهاء الأحكام على القواعد العربية لأنها المعلومة لهم ، لا لكون القواعد العربية متعبداً[2] » .

وقال في موضع آخر : « لا معتبر في إعرابها [انت واحدة] وهو قول العامة ، وهو الصحيح؛ **لان العوام لا يميزون بين وجوه الاعراب . والخواص لا يلتزمونه في كلامهم عرفا . بل تلك صناعتهم ، والعرف لغتهم !** [3] »

٥٨٧ — تقرير التفسير الحرفي : يمكننا أن نعزى حرص بعض الفقهاء على التقيد بدقائق اللغة العربية إلى عاملين :

(١) اعتماد هؤلاء على عرف صدر الإسلام ، ويبدو أن هذا العرف كان يتقيد بدقائق العربية لعدم اختلاط العرب بغيرهم[4] .

(٢) إغراق الفقهاء بالضبط والدقة ، وإيثارهم لاستقرار التعامل على احترام الإرادة الحقيقية .

ونقف هنا عند نصوص مهمة للفقيه الألماني ايهرنغ يتحدث فيها عن التفسير الحرفي لدى الرومان . ولعل ماقاله هنا يصدق على تلك المحاولات التي قامت لدى بعض الفقهاء الإسلاميين للتعويل على هذا الضرب من التفسير . يقول ايهرنغ في كتابه القيم روح القانون الروماني : «إن التفسير النحوي لا يقوم بأداء الخدمة المطلوبة منه ،

(١) رسالة العرف لابن عابدين ، ص ١٣٨ .
(٢) المرجع السابق ، ص ٢٩ .
(٣) المرجع السابق .
(٤) المرجع السابق ، ص ١٣٧ ، س ١٠ : قال العلامة الشيخ إبراهيم الحلبي في حاشيته على الدر المختار : وقول بعض الناس أنه (تجويز الحلف بدون اللام والنون) يصادم المنقول في المذهب ، يجاب عنه بأن المنقول في المذهب كان على عرف صدر الإسلام قبل أن تتغير اللغة . وأما الآن فلا يأتون باللام والنون في مثبت القسم أصلا ، ويفرقون بين الإثبات والنفي بوجود (لا) وعدمها .

إنه يعول على اللفظ كما تشير إليه تسميته . فالكلمات بالنسبة له ما ليست هى ، وما لاتستطيع أن تكونه مطلقاً . فهى فى نظره الفكرة وقد أصبحت مرئية ومجسدة . أما التفسير المنطقى فهو على العكس يتفق مع الجوهر الحقيقى للتبادل الفكرى ، إنه يحلق فوق الكلمات ليصل إلى نفس المتكلم ، ويبحث فيها عن الفكرة فى مكمنها . إن نفس المتكلم هى مسرح نشاطه ، أما الكلمة العادية فهى مسرح نشاط التفسير النحوى . وفى نظر هذا التفسير الأخير كل ما كان غير مدموج فيها ليس بموجود ، وهو فى حكم العدم . إنه يعتمد كما يقال عادة الأحرف الميتة . إنهم يسمونها هكذا ، لأن استخدامها لا يؤدى إلى نقل فكرة المتكلم بأمانة ولا يدعو هذه الفكرة إلى حياة جديدة ، فهى للفكرة بمثابة قناع ميت . وليس يهم هذا الضرب من التفسير سوى ترجمة الكلمات كما هى وفق المعنى الذى يعطيها الاستعمال اللغوى وقواعد النحو . وسواء لبى هذا المعنى القصد الحقيقى للمتكلم ، أو لم يلبه[1] » وقال أيضاً : « يسبق الاستعباد الحرية . . . وكذلك الأمر فى الصناعة القانونية فإن هذه الصناعة قبل أن تبلغ مرحلة الحرية مرت بمرحلة الاستعباد . وهى إلى أن تصل إلى مرحلة الحرية نراها تحمل آثار المرحلة الأولى ، مرحلة تتسم من جهة بالنظام والبساطة الذين لا مأخذ عليهما وبالضبط والدقة الحسابية وبالمنطق الذى لا يخطىء وتتسم من جهة أخرى كثمن لهذه المزايا ، بالصلابة والإسهاب والثقل والتعالم . فالصناعة القانونية القديمة لا تواجه العقبات التى تعترضها ، بل هى لا تحجم عن اللف والدوران حولها إلى أن تصل غايتها . . . وإن الصلابة فى منطق الصناعة القانونية القديمة ليصل إلى حد يبعث على الظن أنها لم تكن دائماً محلا للتطبيق العملى ، وأنها إنما اخترعت لأغراض التعليم المدرسى ، بمثابة رياضة حسابية للقانون[2] » . ويقول أيضاً : « ولم يكن يجوز للصناعة القانونية فى مراحلها الأولى أن تتخلى عن هذه الصلابة وهذا التشدد . فبفضلهما تمكنت من السيطرة على الأوضاع القانونية ، والإمساك بزمامها ، وتوجيهها التوجيه الواجب . وكان لابد للصناعة القانونية فى بداية أمرها من أن تضحى بالمرونة والتجدد

---

(١) ايهرنج ، روح القانون الرومانى ، ج ٣ ، ص ١٣٤ .

(٢) المرجع السابق ، ج ٤ ، ص ٨ — ص ٩ ، ص ١٠ — ١٣ .

فى سـبيل المحافظة على ثبات الأوضاع القانونية واستقرارها . فإن هذا الثبات والاستقرار هما اللذان مكنا للأوضاع القانونية من أن تستكمل تـكوينها ، فتستطيع ، بعد أن تقوم على أساس ثابت ، أن تتطور بعد ذلك لمجاراة مقتضيات الحضارة ، وأن تنطوى على المرونة الواجبة دون أن يخشى عليها من أعاصير التقلبات إذا ما تعرضت لها دون أن تـكون قد استكملت مقوماتها الذاتية وكيانها الراسخ[1] » .

الفصل الثانى

شرعية آثار التصرف القانونى

المبحث الأول

شرعية الآثار ونظرية التعبير

٥٨٨ — إذا استعرضنا تعريفات التصرف القانونى نجد فيها اتجاهين متباينين ، فمنها ما يذهب إلى أن التصرف القانونى هو « إرادة تتجه إلى إحداث أثر قانونى[2] » ومنها ما يذهب إلى أن التصرف القانونى هو « تعبير إرادى عن النية يرتب عليه القانون الآثار[3] » .

ومن مقابلة هذين التعريفين يلاحظ أن التعريف الأول قد عرف التصرف بأنه إرادة ، وأسند إليها وظيفة ترتيب الأثر القانونى . بينما وصف التعريف الثانى التصرف بأنه تعبير ، وأوكل إلى القانون ترتيب الأثر على هذا التعبير .

إن هذين التعريفين يمثلان فى الواقع نزعتين متباينتين ؛ الأول يمثل النزعة الفردية

---

(١) مصادر الحق ، ج ٣ ، ص ١٦٤ .

(٢) التصرف القانونى والواقعة القانونية ، دروس لقسم الدكتوراة للدكتور عبدالرزاق السنهورى ١٩٥٣/١٩٥٤ ، ص ٣ .

(٣) هذا ويلاحظ أن الدكتور حجازى ، بعد أن اختار التعريف الثانى للتصرف الوارد فى المتن (حجازى ، ف ٣٤ ، ص ٣١) ، عرف العقد على أنه توافق إرادتين أو أكثر بقصد إنشاء علاقة قانونية ... (المرجع السابق ، ف ٤١ ، ص ٤١) وظاهر أن النزعة الذاتية البارزة فى هذا التعريف الأخير لا تتسق مع النزعة الموضوعية التى ينم عنها التعريف السابق للتصرف .

التى تذهب إلى أن الإرادة هى التى تنشىء العقد وترتب الأثر . والثانى : يمثل النزعة الاجتماعية أو نظرية التعبير بصورة خاصة ، التى تذهب إلى تقرير المبدأين الأساسيين التاليين[1] :

(١) إن قوام العقد هو التعبير لا الإرادة ، (٢) إن آثار العقد يحددها القانون لا الإرادة . ولما كان الفقه الإسلامى يأخذ بما تأخذ به نظرية التعبير بصورة عامة ، فإننا سنتولى شرح المبدأ الأخير منها على اعتبارنا نبحث فى وظيفة التصرف القانونى فى تحديد الآثار ، وقد سبق أن شرحنا المبدأ الأول عند بحثنا دور التعبير عن الإرادة فى تكوين التصرف القانونى .

٥٨٩ — تفرق نظرية التعبير بين إرادة التعبير وإرادة الأثر : فإرادة التعبير مصدرها العاقد ، فبمجرد أن تتجه إرادة العاقد إلى التعبير مستكملا شرائطه ، يأتى دور إرادة جديدة خارجة عنه هى إرادة المشرع الذى يرتب ما يشاء من آثار على الإرادة الأولى . إن دور إرادة العاقد فى هذه النظرية هو دور متواضع ، « ويشبه أنصار هذا المذهب الدور الذى تقوم به الإرادة فى تكوين العقد الدور الذى تقوم به قطعة النقود التى ترميها فى الآلة الأوتوماتيكية ليخرج لك منها البضاعة التى تشتريها ، فليست قطعة النقود هى التى تتولى إخراج البضاعة وإنما هى الآلة ، ويقتصر دور قطعة النقود على إعمال هذه الآلة ، كذلك يكون دور الإرادة فى تكوين العقود ، هى لا تنشىء العقد ، وإنما يقتصر دورها على إعمال النظام القانونى الذى أنشأه الشارع لهذا الغرض[2] » .

فنى ظل هذه النظرية يجب أن تكون نية صاحب التعبير قد اتجهت إلى إيجاد تصرف قانونى ، حينئذ ينتهى دورها دون نظر إلى تحديد مضمون هذا التصرف ،

---

(١) قلادة ، ص ٧ — ص ٨ : « يرى بعض الكتاب أن اطراح النظرية غير المادية حتم لايستطيع العلم القانونى أن يتفاداه . ويصبح المبدأ الخالق فى التصرف القانونى — جوهره بالذات ومصدر وجوده — بعيداً عن الظواهر النفسية . كما أن آثاره ، وهذه هى الناحية الأخرى من النظرية الجديدة ، لاتترك خاضعة لما يريده أطراف التصرف ، بل يحددها القانون نفسه ، وبذلك يتجمع لدينا أساسا النظرية المادية فى التصرف القانونى من ناحية تكوينه ومن ناحية آثاره .

(٢) موريل ، بحث بعض مسائل متعلقة بتكون العقود وبقوتها الإلزامية ، ١٩٤٨ ـ ١٩٤٩ ، ص ٤ ؛ حجازى ، ف ٤٢ ، ص ٤٢ — ٤٣ .

فهو يخرج عن نطاق الإرادة الحقيقية — ونحن لا نرجع إلى هذه الأخيرة من أجل تبينه[1] . « فالشخص الذى تصدر منه عبارة معينة ، أو فعل معين ، أو يتخذ موقفاً معنياً من شأنه أن ينتج أثراً قانونياً . يجب أن يفعل ذلك وهو يريد هذا المظهر المادى الذى يقوم به . . . ولـكن أنصار النظرية يقفون عند هذا الحد ، فلا يشترطون كما يشترط أنصار مذهب الإرادة الباطنة أن يكون من صدر عنه هذا المظهر الخارجى ، وأراد أن يصدر عنه ، أن يكون قد انصرفت إرادته الداخلية أيضاً إلى إحداث الأثر القانونى الذى من شأن هذا المظهر أن يحدثه[2] » . فالأطراف هنا يشبهون قوماً يدخلون منزلا ليس من سلطانهم أن يحددوا كيف يؤثث كما يشاؤون ، بل كل ما لهم هو الحق فى الدخول إليه أو الامتناع عن ذلك . إنهم يجدون منزلا معداً من قبل إعداداً تاماً . وهم مجبرون أن يحترموا بكل دقة ما أعده لهم من قبل شخص آخر هو المشرع[3] » .

ومن السهل أن نلاحظ من التشبيهين سابقى الذكر أن وظيفة التصرف القانونى فى ظل هذه النظرية تـكاد تماثل وظيفة الواقعة القانونية . إن هذه الوظيفة تنحصر فى تحريك القاعدة القانونية ، وهذه القاعدة هى التى ترتب الأثر القانونى فى الحالتين . أما التصرف القانونى بذاته ، وأما الواقعة القانونية بذاتها ، فلا يرتبان أثراً قانونياً بطريق مباشر ، وليس كل منهما إلا شرطاً لترتيب هذا الأثر[4] .

(١) بونكاز ، ٢ ، ف ٤٥٥ .
(٢) السنهورى ، العقد ، ف ١٧٢ .
(٣) جونو ، ص ١٩٧ . قلادة ، ص ٣٣٣ .
(٤) وأبرز القائلين بهذا المذهب هم كابيتان من فقهاء القانون الخاص (التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ٦٨) ودوجى Dugit وجيز Gez من فقهاء القانون العام ويذهب بونيكاز إلى أن هؤلاء ليسوا مبتدعين لهذا المذهب عندما قالوا به ، بل سبقهم إلى ذلك فقهاء العهد المدرسى ، وخاصة توليه ولا رومبيير وديمو لومب ، (السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٥٤ و ص ٧٦) .

ويقرر الأستاذان هوريو ودى بيزان أن لنظرية التعبير عن الإرادة فى فرنسا جذوراً متأصلة فى القانون الإدارى الفرنسى فقد نشأت هذه النظرية بمناسبة العمل الإدارى ، ثم يحاول الأستاذان التقريب بين العلاقات القانونية الإدارية وعلاقات القانون الخاص على أساس انتشار وسائل الشهر فى عصرنا الحاضر ... ويقرر الأستاذان أن الاختبارات التى تمت فى القانون الإدارى ، والتى كشفت عن ضرورة حماية الجماعة ، لن تـكون بغير فائدة من أجل إقامة نظرية للتعبير عن الإرادة تطبق فى القانون الخاص الفرنسى ، مقال ٥٤٥ . ويلاحظ الدكتور قلادة أن نفى الإرادة من نطاق التصرف القانونى يقرب بين نطاق القانون الخاص والقانون العام راجع قلادة، ص ٤٢٧ و ٤٢٨ .

٥٩٠ – ويستند تدخل الشارع فى هذه النظرية فى آثار التصرفات إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد . ولئن آثرت هذه النظرية احترام التوازن العقدى على احترام إرادة المتعاقدين ، فإننا نجد المذهب الفردى الذى يجعل ترتيب الآثار من عمل العاقد ، يهدر احترام هذا التوازن فى سبيل صيانة إرادة العاقد « إن كل ما ارتضاه الملتزم ديناً فى ذمته يكون صحيحاً وينتج أثره . . . لأن التزامه إنما بنى على إرادته . فلا يصح أن نقيد من أثر العقد ، بدعوى أن هناك غبناً لحق أحد المتعاقدين ، مادام قد ارتضى هذا الغبن[1] ».

« فالبيع الذى لا يمثل فيه الثمن المدفوع للبائع القيمة الحقيقية للشىء المسلم منه ، لا يمكن الاعتراض عليه لانعدام السبب ، لأن التزام هذا البائع له سبب ، فما تهم قيمة الثمن إذا كان قبوله بواسطة البائع قد تم بحرية . إن التفاوت بين العطاءات المتبادلة تكمله ، وتلاشيه صحة الإرادة التى تقبله[2] » .

« وليس المهم فى العقد أن يكون هناك تعادل بين الشيئين المتبادلين ، بل يكفى أن يكون التعادل بين الشخصين المتعاقدين ، وقد توفر كل منهما على حريته وإرادته المستقلة . والأصل فى الإنسان الحرية واستقلال الإرادة ، ولا يكون الأمر غير ذلك إلا فى حدود رسمها القانون ، كأن يكون المتعاقد قاصراً فى السن أو فى العقل ، أو يكون ضحية غلط أو إكراه أو غبن ، أما فى غير هذه الحدود فالإنسان حر مستقل فى إرادته ، فإذا التزم بشىء كان العدل أن يقوم بما التزم به . أما ما يقال عن التضامن الاجتماعى والتعسف فى استعمال الحق وقواعد العدالة والنظام العام فهذه الأشياء لا ينبغى أن تغرق فى التحديد من سلطان الإرادة[3] » .

ويبين مما تقدم أن المذهب الفردى إنما يحرص على أن يقيم بين العاقدين توازناً قانونياً فحسب ، بأن يكون كل منهما تام الحرية والأهلية ، ولا يحرص على أن يقيم

---

(١) الوسيط ، جـ ١ ، ص ١٤٥ .

(٢) Lucas, Lesion et Contrats, Paris no 6, P. 23.
Mavry (jacques), Cause, Encyclopedie Dalloz, 1951, no 10.

(٣) الوسيط ، المرجع السابق .

بينهما توازنا اقتصادياً فى الحقوق المتبادلة ، فهذا موكول إليهما بعد تمتعهما بالحرية والأهلية ، ووقوفهما فى التعاقد على قدم المساواة من حيث الإرادة والاختيار .

٥٩١ — موقف نظرية التعبير من مبدأ سلطان الإرادة : أتنفى هذه النظرية مبدأ سلطان الإرادة أم تتفق معه ؟ وبعبارة أخرى ، هل النزاع بين نظرية الإرادة ونظرية التعبير يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، أم أن موضوع النزاع مضمونه هذا المبدأ بالذات ؟

٥٩٢ — يذهب البعض إلى أن النزاع بين هاتين النظريتين يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، ذلك أن مبدأ سلطان الإرادة لا يعنى أكثر من الاعتراف للإرادة الخاصة بالقدرة على تحريك الآثار القانونية التى تتجه إليها . ومبدأ سلطان الإرادة على هذا المعنى لا يستلزم الأخذ بنظرية الإرادة الحقيقية ، أو بنظرية الإرادة المعلنة « ولا يجوز التمسك بالفروض التى يغلب فيها المشرع الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية لإنكار مبدأ سلطان الإرادة ، لأن هذه الفروض لا تخرج عليه فى شىء ، فنحن إذ نرتب أثراً على توقيع المسحوب عليه عندما يكون هذا التوقيع قد انتزع بالتدليس ، لا نحترم إرادته الحقيقية ، ولكننا نحترم إرادته المعلنة . أى إن أثر التصرف المجرد يتولد لا لأنه أريد فى الحقيقة ، إنما لأنه أريد فى الظاهر ، إذن تغليب الإرادة المعلنة على الإرادة الحقيقية لا يعنى مطلقاً إنكار مبدأ سلطان الإرادة أو إنكار العلاقة بين أثر التصرف والإرادة الخاصة . لأنه إذا كان أثر التصرف المجرد لا يتولد بمقتضى الإرادة الحقيقية فإنه يتولد بمقتضى الإرادة المعلنة ووفقاً لها[1] » .

ويذهب بونيكاز أيضاً إلى أن لا تعارض بين نظرية التعبير والمذهب الفردى ، فهذا الأخير يحترم حقاً حرية الشخص وإرادته ، ولكنه مع ذلك لا ينظر إلى الشخص منعزلاً بل ينظر إليه باعتباره عضواً فى المجتمع ، فلا غرابة إذن فى أن يكون القانون ، حتى فى المذهب الفردى ، هو الذى يرتب على الإرادة أثرها القانونى ، لأن إرادة الفرد الذى يعيش فى المجتمع لا مناص لها من أن تخضع للقانون ، والقانون هو الذى يتولى ترتيب ما يرى ترتيبه من الآثار[2] .

(١) أبو عافية ، ص ٢٩٧ .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٦ — ٧٧ .

٥٩٣ — ويذهب البعض الآخر إلى أن النزاع بين نظريتى الإرادة والتعبير لا يدور بعيداً عن مبدأ سلطان الإرادة ، بل مضمونه هذا المبدأ بالذات ، وحجته أن الواقعة التى ليست إرادة حقيقية ليست إرادة بأى حال من الأحوال ، فالحقيقة أن الاعتراف للإرادة الخاصة بالقدرة على تحريك الآثار القانونية التى تتجه إليها ليس له أى مضمون جدى ، إلا إذا انتفت هذه الآثار عند تخلف الإرادة الحقيقية التى تتجه إليها . فإذا وجدت هذه الآثار ، رغم اختفاء الإرادة ، فإن ذلك يعنى أن لها مصدراً آخر غير الإرادة وهى تلك الإرادة التى تحمى دواعى الائتمان العام . إن التعبير الخالى عن الإرادة باطل . ولذلك فهو مجرد واقعة تترتب آثارها بناء على إرادة القانون وحده .

إن سلطان الإرادة لم يتقرر إلا ممنوحاً للنية الحقيقية . فالإرادة القانونية أساسها ومناط وجودها الإرادة الطبيعية النفسية . . . والإرادة المعلنة ليس لها من سلطان إلا لو ترتب أثرها بمقتضى الإرادة الحقيقية ، ووفقاً لها . إن الإرادة المعلنة ليست إرادة إلا لو كانت إرادة حقيقية[١] .

ويذهب دوغى ، مع هذا الرأى ، إلى أن ثمة تعارضاً بين نظرية التعبير والمذهب الفردى ، فهذا الأخير إذ يقدس حرية الشخص وإرادته ، يجعل هذه الإرادة هى التى ترتب الأثر القانونى[٢] .

ونحن نميل إلى تأييد الرأى الأخير ، ذلك أن نظرية التعبير تذهب إلى أن ترتيب الأثر على العقد يتولاه القانون ، فكيف يستساغ بعد هذا القول بأن ثمة اتفاقاً بين مبدأ سلطان الإرادة الذى يذهب إلى أن الإرادة هى التى تولد الأثر ، وبين نظرية التعبير التى تذهب إلى أن القانون هو الذى يولد الأثر ؟

٥٩٤ — نتائج هذه النظرية : يدلى بونيكاز بملاحظتين يكشف فيهما عن المميزات التى يجنيها القانون الحديث من ذهابه إلى أن القانون هو الذى يرتب على التصرف القانونى أثره .

الملاحظة الأولى : يقول فيها إن العقد الناقل للملكية يحلل عادة على أنه ينشىء

---

(١) قلادة ، ص ٤٠٢ .

(٢) السنهورى ، المرجع السابق .

التزاماً بنقل الملكية ، وينقضى هذا الالتزام بمجرد نشوئه . وهذا التحليل بقية تخلفت من تقاليد القانون الرومانى والقانون الفرنسى القديم ، حيث كانت الملكية لا تنتقل بالعقد . أما اليوم فلا يوجد ما يمنع من القول بأن العقد ذاته ينقل الملكية دون افتراض التزام موهوم يسبق نقل الملكية ، وينقضى بمجرد أن ينشأ . ويكفى للوصول إلى هذه النتيجة القول بأن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر القانونى .

والملاحظة الثانية : ينتقد فيها بونيكاز تقسيم التصرف القانونى إلى تصرف منظم ، وتصرف شرطى ، وتصرف ذاتى . وهو التقسيم المعروف الذى يقول به دوغى ، ويرى بونيكاز أنه إذا كان لابد من استبقاء الفكرة التى يقوم عليها هذا التقسيم ، فإن كل التصرفات تكون إذن تصرفات شرطية ، لأن التصرف ليس إلا الشرط اللازم لتحريك القانون وجعله يرتب الآثار القانونية على هذا التصرف[1] .

ويعول دوغى على هذه النظرية فى تعليله لانصراف آثار تصرف النائب إلى ذمة الأصيل فى النيابة . وهو يرى بأن الصعوبة التى يجابهها الفقهاء عادة فى هذا التعليل مردها ربط الأثر القانونى بالإرادة . والواقع أن القانون وحده ، لا الإرادة ، هو الذى يرتب الآثار القانونية ، وقد رتب القانون على إرادة النائب آثاراً تنصرف إلى الأصيل[2] .

٥٩٥ — *تقدير هذه النظرية : مالها* : يرجع الفضل إلى هذه النظرية فى بيان دور القانون فى ترتيب الآثار العقدية . هذا الدور الذى تجاهلته النظرية الفردية التى تقضى بأن الإرادة وحدها هى التى تنشىء العقد ، وترتب الأثر ، والواقع أن هذه النظرية الأخيرة يحول دون الأخذ بها مانعان : مانع نفسى ، ومانع اجتماعى .

أما المانع النفسى فيقضى بأنه لا يمكن أن نتصور أن إرادة الشخص فى وقت معين يمكن أن تقيده بالنسبة إلى المستقبل ، فقد يغير الإنسان رأيه بعد ارتباطه بالعقد ، فهل نستطيع بعد هذا أن نقول إن ترتيب الآثار يتلاشى مع نسخ الإرادة اللاحقة

(١) السنهورى ، المرجع السابق ، ص ٧٨ ؛ وانظر أيضاً الوسيط ، ج ٢ ، ص ٧٧٠ ، هامش رقم ١ .

(٢) مصادر الحق ، ج ٥ ، ص ٢٠٥ .

للإرادة السابقة ؟ إن ترتيب الآثار ليس هو ملازماً للإرادة ، وإنما هو منبثق عن مصدر مستقر ، مستقل عن الإرادة ، ذلك هو القانون .

أما المانع الاجتماعى فمؤداه أن الفرد لا يعيش منعزلاً عن المجتمع ، وليست الإرادة غاية فى ذاتها ، بل الغاية هو خير الجماعة ، فطبيعى إذن أن تقيد هذه الإرادة بمقتضيات خير الجماعة ، فإذا انطوت على غرض مفيد لهذه الجماعة كان نصيبها احتضان القانون لها ، وتبنيه إياها ، وإذا انطوت على غرض ضار بالمجتمع أو غير مجد ، لم تحظ باحترام القانون وإقراره ، بل تظل عديمة الأثر ، وما ذلك إلا لأن الإرادة فى خدمة القانون وليس القانون فى خدمة الإرادة[1] .

وهكذا يبين أن تدخل القانون من أجل تحقيق المصالح الاجتماعية لا يكون إلا على حساب السلطان المعطى للإرادة ، بيد أن تدخل القانون فى ترتيب الأثر هنا يغاير تدخله فى ترتيب الأثر على الوقائع القانونية الأخرى ، فثمة يتدخل إما متجاهلاً للإرادة الخاصة ، كما هو الحال فى الالتزامات التى مصدرها القانون ، وإما مخالفاً لتلك الإرادة الخاصة ، كما هو الحال فى موقفه إزاء التصرفات غير المشروعة ، إنه يتدخل هنا فى التصرف لا متجاهلاً للإرادة ولا معاكساً لها ، وإنما يتدخل طبقاً لما تتجه إليه[2] ، ولكنه يبقى المصدر الأصيل لتلك الآثار[3] .

٥٩٦ — ما عليها : لئن كان لهذه النظرية الفضل فى بيان دور القانون فى ترتيب الآثار العقدية ، فعليها يقع وزر طمس معالم كل أثر للإرادة فى هذه الآثار . وهذا ما وقع فيه الفقيه بونيكاز الذى بلغ من تجاهله لهذا الدور أن سوّى بين التصرف القانونى والواقعة القانونية من حيث وظيفتهما فى ترتيب الأثر القانونى ، فجعل دورهما مقصوراً على تحريك القاعدة القانونية ، دون أن يكون لهما أى شأن فى ترتيب الآثار القانونية التى تولدها هذه القاعدة ، « وظاهر أن هذه الآثار القانونية مرتبطة كل الارتباط بالإرادة التى حركت القاعدة القانونية ، فهى قد اشتقت من هذه الإرادة

---

(١) موريل ، ص ٦ وما ب .
(٢) ديموج ، الالتزامات ، ف ١٣ .
(٣) قلادة ، ص ٩ .

وقدّت على قالبها ، بل إن القاعدة القانونية التى تحركت قد اقتصرت فى إنتاج الآثار القانونية على القدر الذى اتجهت الإرادة لتحقيقه لا أكثر ولا أقل[1] » .

٥٩٧ — ويقف الفقيه بيير هبرو موقفاً معتدلا من نظرية التعبير، فيمنح الإرادة حظها من توليد الآثار فهو يقول : هل الإرادة هى التى تحدث بذاتها الأثر القانونى ، أم القانون هو الذى يرتب على الإرادة أثرها ؟ ويجيب عن ذلك بأن الأثر القانونى يترتب على مزيج من الإرادة والقانون . ففى حالات يكون نصيب القانون أكبر من نصيب الإرادة فى إحداث هذا الأثر ، كما فى التصرف بإرادة منفردة وفى القرار الإدارى وفى الحكم القضائى . وفى حالات أخرى كالعقد ، يكون نصيب الإرادة أكبر من نصيب القانون ، ويقتصر القانون على أن يرتب للإرادة الأثر الذى ترسمه ، وتنحصر مهمته فى تسجيل ذلك[2] .

ونحن نميل إلى هذا التفصيل الذى أتى به هبرو ، فالتصرفات فى الواقع ليست سواء من حيث هيمنة القانون فى ترتيب الآثار ، فمن السديد أن نقتصد فى إطلاق الحكم فلا القانون وحده يرتب للآثار ولا الإرادة وحدها مرتبة لها ، وإنما تلد من تعاون الإرادة والقانون ، وهذا التعاون تارة يكون فيه للارادة الحظ الأوفى ، وطوراً يحظى فيه القانون بالدور الراجح . وذلك حسب طبيعة التصرف من جهة ، ووفق نزعة النظام التشريعى الذى يتكون فى ظله من جهة أخرى .

ويقول أستاذنا السنهورى فى هذا المعنى : « ونحن إذا توخينا الاعتدال ،وجانبنا التطرف ، تبينا أن الإرادة لا سلطان لها فى دائرة القانون العام . فالروابط الاجتماعية التى تخضع لهذا القانون إنما تحددها المصلحة العامة لا إرادة الفرد ، أما العقد الاجتماعى المزعوم فقد أصبح نظرية عتيقة مهجورة .

وإذا انتقلنا إلى دائرة القانون الخاص ، فما يتعلق منها بالأسرة لا مجال للارادة فيها إلا بقدر محدود ، فعقد الزواج ، وهو الأساس الذى ترتكز عليه الأسرة ، مصدره إرادة المتعاقدين ، ولكن الآثار التى تترتب على العقد ليست خاضعة للارادة ، بل

---

(١) السنهورى، التصرف القانونى والواقعة القانونية ، ص ٩٣ .

(٢) المرجع السابق ، ص ١١٤ .

ينظمها القانون طبقاً لمصلحة الأسرة والمجتمع . وكذلك بقية روابط الأسرة لا شأن للارادة فيها .

وما يتعلق من دائرة القانون الخاص بالأموال نرى الإرادة تنشط فيها تدرجاً . وهى فى الحقوق العينية أضعف نشاطاً منها فى الحقوق الشخصية . فإن الحقوق العينية ، وإن كانت الإرادة مصدراً لكثير منها ، حقوق محصورة لا تستطيع الإرادة أن تخلق شيئا جديداً فيها . ثم إن آثار هذه الحقوق لا تخضع لإرادة الأفراد إلا نادراً ، بل إن القانون هو الذى يتولى فى الغالب تحديد مداها .

ولكن الإرادة فى الحقوق الشخصية لها مجال واسع ، فهى مصدر لكثير من الحقوق ، وهى التى ترتب آثارها . . . وإذا خلصنا إلى الالتزامات التعاقدية وجدنا الإرادة تجول فى هذا الميدان أوسع ماتكون خطى وأبعد ما تكون مدى . ولكن حتى فى هذا الميدان إذا نظرنا إلى الإرادة من حيث أنها ترتب أحكام الالتزامات التعاقدية ، وجدنا أنها محدودة فى ذلك بقيود النظام العام والآداب .

بل إن إرادة الفردة ـ حتى فى داخل هذه القيود ـ يضعف أثرها فى بعض العقود التى تضع نظماً ثابتة للطوائف والجماعات ، كما فى الجمعيات والشركات والنقابات ، فهذه تنظمها الجماعة التى تنتمى إليها ولا تعتد فى تنظيمها بإرادة كل فرد من أفرادها وهناك عقود الجماعة كعقد العمل الجامع وصلح أغلبية الدائنين مع المفلس نرى فيها الأقلية تخضع لإرادة الأغلبية . وكذلك توجد قيود على حرية الإرادة ترجع لاختلال التوازن بين القوى الاقتصادية ،وانتصار القانون للجانب الضعيف . كما نرى فى تشريع العمال وفى عقود الإذعان وفى نظرية الاستغلال . . .[1] . »

---

(١) الوسيط ، جـ ١ ، ص ١٤٨ .

المبحث الثانى

شرعية الآثار فى الفقه الإسلامى

٥٩٨ — إذا رجعنا إلى نصوص الفقه الإسلامى نجد فيه نفس المبدأين اللذين يسودان نظرية التعبير فى الفقه الغربى : (١) فقوام التصرف فيه هو الصيغة لا الإرادة ، (٢) والآثار العقدية هى من عمل الشارع لا من عمل العاقد . وقد تأكد لنا اعتداد الفقه الإسلامى بالمبدأ الأول إبان بحثنا لدور الإرادة الظاهرة فى تكوين التصرف القانونى ، وسنتبين من اعتداده بالمبدأ الثانى فى بحثنا لدور الشرع فى تحديد آثار التصرف القانونى . وسنرى أن هذه الآثار يهيمن عليها فى الفقه الإسلامى « مبدأ جعلية الآثار » .

الفرع الأول

مفهوم جعلية الآثار

٥٩٩ — يقصد بجعلية الآثار فى الفقه الإسلامى أن الآثار تترتب على العقد بجعل من الشارع وأن دور العاقد مقصور على تكوين العقد . وللجعلية معنيان : واسع وضيق .

٦٠٠ — يقصد بالجعلية بالمعنى الواسع « أن الشارع جعل لكل عقد آثاراً خاصة به ، تتحقق به الأغراض الصحيحة التى يقصدها العاقدان من إنشائه ، فللبيع مثلا آثار خاصة به ، وللاجارة كذلك آثار لازمة لها ، وهكذا ... وقد حدد الشارع للعقود مع هذا حدوداً عامة أو خاصة يجب على الناس مراعاتها عند إنشائهم لها[1] » .

٦٠١ — ويقصد بالجعلية بالمعنى الضيق أن الشارع يرتب الحكم الأصلى للتصرف وينفذه فى الوقت نفسه . فى عقد البيع مثلا تنتقل ملكية المبيع بمجرد العقد إلى المشترى ، وتنتقل ملكية الثمن إلى البائع ، والناقل لهما هو الشارع لا العاقد .

---

(١) أحكام المعاملات الشرعية للأستاذ على الخفيف ، طبعة عام ١٩٤٧ ، ص ٢٤١ .

أما الأحكام التابعة كالتزام البائع بتسليم المبيع فتنفيذها منوط بإرادة الأفراد لا بإرادة الشارع[1] .

ويستفاد هذا المعنى الأخير للجملية من نص لابن تيمية قال فيه : « إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا[2] .

ويلاحظ أن الجملية بالمعنيين السابقين هى ما يقره التنظيم الوضعى فى الفقه الإسلامى ، وهى فى نظرنا ثمرة لفكرة الجملية الفلسفية التى يذهب فيها الأصوليون إلى أن العقد ليس بسبب طبيعى عقلى للآثار ترتبط به ارتباط المسبب بالسبب « بمعنى أنه إن وجد السبب ترتب عليه وجود المسبب حتما ، لا لشيء سوى أن السبب قد وجد، بل هى رابطة جعلها الشارع بينهما ، ثم اعتدنا وجودها دائماً حتى اعتقدنا أنها طبيعية يوجبها العقل وطبائع الأشياء » وفى هذا يقول الشاطبى « لما جعل [الأثر] مسبباً عنه [العقد] فى مجرى العادات ، عد كأنه فاعل له مباشرة [3] » .

٦٠٢ — دليل الجعلية : ويأتى الشاطبى بأدلة على الجعلية من القرآن والسنة ، فيقول « والقرآن والسنة دالان عليه . فما يدل على ذلك ما يقتضى ضمان الرزق كقوله تعالى « وأمر أهلك بالصلاةواصطبر عليها ، لا نسألك رزقاً ، نحن نرزقك » ، « وما من دابة فى الأرض إلا على الله رزقها » ، وقوله « وفى السماء رزقكم وما توعدون » ، وقوله « ومن يتق الله يجعل له مخرجاً » .

وفى الحديث (لو توكلتم على الله حق توكله لرزقتم كما ترزق الطير) ، ومنه (أعقلها وتوكل) ومما يبينه قوله تعالى : « أفرأيتم ما تمنون أأنتم تخلقونه أم نحن الخالقون » « أفرأيتم ما تحرثون » « أفرأيتم الماء الذى تشربون » « أفرأيتم النار التى تورون » « والله خلقكم وما تعملون » « والله خالق كل شيء » .

---

(١) راجع ماسبق ، ف ٥٧١ .

(٢) فتاوى ابن تيمية ، جـ ٣ ، ص ٢١٤ .

(٣) ولعل هذا الاعتياد شبيه باعتيادنا اسناد النور الصادر من القمر إلى القمر نفسه مع أن القمر فى الواقع ليس بكوكب مضىء وإنما هو كوكب مضاء يعكس النور الذى يتلقاه من الشمس وكذا العقد فهو مصدر ظاهرى لتحديد الآثار وإنما المصدر الحقيقى هو الله عز وجل .

فكما أن البذرة لا تنبت إلا إذا شاء الله لها الإنبات ، وكما أن النار لا تحرق إلا إذا شاء الله الإحراق ، فكذلك العقود لا تترتب آثارها إلا إذا شاء الله تعالى ذلك والدليل على أن الرابط بين المسبب والسبب هو الله عز شأنه هو انتفاء المسبب رغم تحقق السبب عند ما تشاء القدرة الآلهية ذلك[1] .

٦٠٣ — **إجماع الفقهاء على جعلية الآثار** : يكاد الفقهاء يجمعون على أن ترتيب آثار العقود هو من صنع الشارع لا من عمل العاقدين . فالشارع وحده هو الذى يخصص لكل عقد آثاراً معينة ويجعل من هذه العقود طريقاً موصلا إلى هذه الآثار . وهذه الآثار المعينة التى يخصصها الشارع لكل عقد ليست هى فقط ما أثبتته نصوص الشريعة ، بل يتممها ما أضافه الاجتهاد إليها عن طريق القياس والاستحسان والاستصلاح وسد الذرائع .

ونورد فيما يلى نصوص الفقهاء فى الجعلية فى المذاهب الأربعة :

المذهب الحنفى . جاء فى كتاب كشف الأسرار على أصول فخر الإسلام البزدوى : « إن العلل الشرعية غير موجبة بأنفسها ، فإن هذه العلل كانت موجودة قبل ورود الشرع ، ولم تكن موجبة لهذه الأحكام بخلاف العلل العقلية فإنها موجبة بأنفسها وإنما **الموجب للأحكام هو الله تعالى** ، إذله ولاية الإيجاب وهو قادر على أن يشرع الأحكام بلا علل . ولكن إيجابه لما كان غيباً عن العباد ، وهم عاجزون عن دركها ، شرع العلل التى يمكن لهم الوقوف عليها موجبات للأحكام فى حق العمل ، ونسب الوجوب إليها فيما بين العباد تيسيراً ، فصارت العلل موجبة فى الظاهر بجعل الله تعالى إياها كذلك أى موجبة لا بأنفسها[2] . »

---

(١) وفى القرآن صورة لهذا الانفكاك بين السبب والمسبب ، « هذا ابراهيم عليه السلام حشد له الناس الوقود من كل مكان ، وأشعلوا فيها النار ، وألقوه فيها ، فكانت برداً وسلاماً » (الفقه الاسلامى للاستاذ محمد سلام مدكور ، ف ٢٩٢ ، ص ٣٠٣) .

(٢) البزدوى ، ج ٤ ص ١٧١ .

المذهب الشافعي : جاء في كتاب المستصفى للامام الغزالي المتوفىعام ٥٠٥ هـ :
«إن لحل الأموال والأبضاع وحرمتها أسباباً ظاهرة ، من نكاح وبيع وطلاق وغيره . وإن نصب هذه الأسباب أسباباً للأحكام إنما هو بحكم الشرع فهي لا توجب الحكم بذاتها بل بإيجاب الله تعالى ، فهو الذي شرعها ورتب عليها أحكامها[1] » .

المذهب المالكي : جاء في كتاب الموافقات للشاطبي : « إن السبب غير فاعل بنفسه بل إنما وقع المسبب عنـــده ، لا به ، فإذا تسبب المكلف فالله خالق السبب والعبد مكتسب له . فإن الذي إلى التسبب ، وحصول المسببات ليس إلى ، فأصرف قصدي إلى ما جعل إلى ، وأكل ماليس لي إلى من هو له[2] . » وجاء أيضاً : « إن الذي للمكلف تعاطي الأسباب[التصرفات]وإنما المسببات [آثار التصرفات] من فعل الله تعالى وحكمه ، لا كسب فيه للمكلف[3] . »

وقد استخلص الشاطبي من كون إنشاء التصرف راجعاً إلى العاقد ، وكون توليد الآثار راجعاً إلى الشارع ، عدم جدوى اتجاه إرادة العاقد وقصده إلى الآثار ، ما دامت هذه الآثار ليست في مقدوره ، وليس بمرجع لها ، وما دام الأمر كذلك ، فاتجاه قصد العاقد إلى الآثار هو تزيد لا لزوم له[4]

ويؤكد الشاطبي في مكان آخر ترتيب الشارع لآثار التصرفات ، ويبين أن خفاء هذه الحقيقة عن أنظارنا يرجع إلى الاعتياد فهو الذي يوهمنا بأن الأسباب هي التي ترتب الآثار ، فتلازم الشبع مع الطعام ، والإرواء مع الماء ، والإحراق مع النار يوهمنا بأن الطعام والمـاء والنار هي أسباب للشبع والإرواء والإحراق ، والواقع أن هذه الأسباب الظاهرة تخفي وراءها حقيقة كامنة . إن المسبب للشبع والإرواء والإحراق هو الله عز وجل ، ولو قصد الآكل والشارب والحارق عدم الشبع والإرواء والإحراق لما استطاع . وكذلك الحال في العقود ، إن العقود هي الأسباب الظاهرة التي اعتدنا

---

(١) المستصفى من علم الأصول ، ج ١ ، ص ٩٣ — ٩٤ .
(٢) الموافقات ، ج ١ ، ص ١٩٦ .
(٣) المرجع السابق ، ص ١٩٠ .
(٤) راجع ما سبق ، ف ٥٣٧ ، ٥٠٥ .

أن نربط الآثار بها . والواقع أن المبدع للآثار هو الله عز وجل . ولو شاء صاحب التصرف أن لا تنطلق الآثار من تصرفه لما استطاع إلى ذلك سبيلا ، لأن ذلك فى مقدور الشارع ، لا فى مقدوره .

يقول الشاطبي فى تقرير ذلك : « إيقاع السبب بمنزلة إيقاع المسبب ، قصد ذلك المسبب أولا . لأنه لما جعل مسبباً عنه فى مجرى العادات، عد كأنه فاعل له مباشرة ، ويشهد لهذه القاعدة مجارى العادات ، إذ أجرى فيها نسبة المسببات إلى أسبابها ، كنسبة الشبع إلى الطعام ، والإرواء إلى الماء ، والإحراق إلى النار . . . وسائر المسببات إلى أسبابها ، فكذلك الأفعال التى تتسبب عن كسبنا منسوبة إلينا وإن لم تكن من كسبنا ؛ وإذا كان هذا معهوداً معلوماً جرى عرف الشرع فى الأسباب الشرعية [العقود] مع مسبباتها [الآثار] على ذلك الوزان[1] . »

ويقول أيضاً : « إن متعاطى السبب [العقد] إذا أتى به بكمال شروطه وانتفاء موانعه ثم قصد أن لا يقع مسببه فقد قصد محالاً ، وتكلف رفع ما ليس له رفعه ، ومنع مالم يجعل له منعه . . فإن الشارع قاصد لوقوع المسببات عن أسبابها . فقصد هذا القاصد مناقض لقصد الشارع ، وكل قصد ناقض قصد الشارع فباطل . فهذا القصد باطل[2] » .

المذهب الحنبلى : يقرر ابن تيميه (متوفى عام ٧٢٨ هـ) ما ذهبت إليه المذاهب الأخرى فيقول :

« إن الأحكام الثابتة بأفعالنا ، كالملك الثابت بالبيع ، وملك البضع الثابت بالنكاح ، نحن أحدثنا أسباب تلك الأحكام ، والشارع أثبت الحكم لثبوت سببه منا لم نثبته ابتداء ، كما أثبت إيجاب الواجبات وتحريم المحرمات المبتدأة[3] » .

والخلاصة : إن النتيجة المنطقية لما قرره الأصوليون فى هذا الصدد أن آثار العقد لا تترتب عليه إعمالاً للإرادة من حيث أن الإرادة منشئة لهذه الآثار مرتبة لها ، فإن

(١) المرجع السابق ، ص ٢٦١ .
(٢) نفس المرجع ، ص ٢١٤ .
(٣) فتاوى ابن تيمية ، ج ٣ ، ص ٢١٤ .

هذه الآثار تترتب بناء على حكم الشارع . وما العقد إلا سبب « محرك » لهذه الآثار ، فلم يبق للإرادة من أثر فى هذا الشأن إلا أن تثير هذا السبب المحرك ، ثم تقف منه موقف المتأمل المنتظر(1) .

٦٠٤ — **أساس الجبرية** : إن هيمنة الشارع فى الفقه الإسلامى على آثار العقد ترجع فى الواقع إلى حرصه على الإشراف المباشر على إقامة التوازن بين حقوق العاقدين الناشئة بالعقد . وهذا المذهب الحنفى يبنى تقييده لحرية الشروط العقدية على حرصه على إقامة هذا التوازن ، فيرى أن اشتراط منفعة لجانب أحد المتعاقدين يخل بالتوازن الواجب ، ويؤدى إلى النزاع ، لأنها منفعة زائدة على أصل مقتضى العقد بلا عوض يقابلها ، فتشبه ربا الفضل الممنوع شرعاً .

ويشير أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة إلى مسوغات الجبرية إذ يقول : « أما الآثار والأحكام فبترتيب الشارع حفظاً للعدل بين الخلق ، وصوناً للمعاملات عن داعى الفساد ، ومنعاً للغرر فى الصفقات ، وحسماً لمادة الخلاف بين الناس(2) » .

ويقول أستاذنا الجليل الشيخ على الخفيف فى هذا المعنى أيضاً : « وقد حدد الشارع للعقود حدوداً . . . حتى لا تؤدى بهم إلى نزاع ، ولا ينالهم منها غبن ، ولا يلحقهم بسببها غرر ، ولا يلزموا بها على غير رضا منهم واختيار ، وحتى لا يتخذوها وسيلة وطريقة إلى اقتراف ما نهى الله عنه(3) » .

٦٠٥ — **موقف الجبرية من مبدأ سلطان الإرادة** : يقضى مبدأ سلطان الإرادة بأن الإرادة هى التى تنشىء العقد وهى التى تنشأ آثاره . وهذا المبدأ فيما نرى يتعارض مع الجبرية فى معناها الواسع دون معناها الضيق .

أما تعارض الجبرية بالمعنى الواسع مع مبدأ سلطان الإرادة فأمر ظاهر ، ذلك لأن

---

(1) الامتناع المشروع عن الوفاء للدكتور صلاح الدين الناهى ، ص ٢١٦ .

(2) أحكام المعاملات الشرعية للاستاذ على الخفيف ، طبعة عام ٩٤٧ ، ص ٢٤٢ .

(3) الملكية ونظرية العقد للاستاذ محمد أبى زهرة ، ف ١٣٧ ، ص ٢٢٠ ويجدر بنا أن نشير هنا إلى أن الفضل فى لفت الأنظار إلى نظرية الجبرية فى الفقه الاسلامى يعود إلى أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبى زهرة الذى أشار إليها لأول مرة فى كتابه المشار اليه الصادر عام ١٩٣٩ .

هذه الجعلية تقتضى التضييق على حرية العاقدين فى تعديل الآثار الموضوعة للعقود وهى تذهب إلى أن الأصل فى الآثار أن تكون من صنع الشارع بينما يذهب مبدأ سلطان الإرادة إلى أن الأصل فى الآثار أن تكون من صنع العاقد[1] وأن مهمة الشارع تقتصر على احتضان هذه الآثار . فالإرادة فيه تأمر والإرادة تتبنى هذا الأمر[2] .

أما اتفاق الجعلية بالمعنى الضيق مع مبدأ سلطان الإرادة فيستند إلى اتجاه إرادة العاقدين إلى تنفيذ الحكم الأصلى الذى قام الشارع بترتيبه . ويذهب الدكتور حسن ذنون إلى هذا الرأى فى رده على القائلين بوجود التعارض بين الجعلية ومبدأ سلطان الإرادة إذ يقول : « ونحن لا نتفق مع هذا الفريق ونرى أنه ينظر إلى هذه المسألة نظرة سطحية تقف عند مظاهر الألفاظ . حقيقة أن علماء الشريعة قالوا إن آثار العقود تترتب بجعل من الشارع ، ولكن ما هو المقصود من هذا القول ؟ يقصد بالكلام المتقدم أن الشرع « أو القانون » هو مصدر القوة الملزمة للعقود ولترتيب الالتزامات المتولدة عنها ، ومثل هذا فى القوانين المدنية أن انتقال الحق العينى يترتب على مجرد انعقاد العقد متى انصب على منقول معين بالذات ، أى أن هذا الأثر يترتب (بجعل من القانون) ومع هذا فإنه لم يقل أحد بأن فى هذا الحكم مخالفة لمبدأ سلطان الإرادة أو حرية التعاقد[3] » .

على أننا لسنا نوافق الدكتور ذنون على حصره معنى الجعلية بالمعنى الضيق كما يستفاد من كلامه آنف الذكر ، ولئن ذهبنا إلى عدم التعارض فى حق هذا المعنى ، فنحن نذهب كما أسلفنا إلى قيام التعارض فى حق المعنى الواسع . ولقد اعترف بهذا التعارض الأصوليون الإسلاميون أنفسهم وقد جاء فى الموافقات فى تسويغ هذا التعارض : « ولا عجب فى أن يكون السبب اختيارياً رضائياً من كل الوجوه ، والمسبب ليس بإرادة الشخص فقط . فإن ذلك جار كثيراً فى أمور الحياة . كمن يغشى امرأته

---

(١) قارن الاستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهى العام ، ف ٢٥٨ ، هامش رقم ٢ ص ٣٣٩) حيث يذهب إلى أن لا فرق بين الفقه الإسلامى والفقه الغربى وأن الشارع فى كليهما ينشىء الأثر .

(٢) La personne ordonne et la loi fait sien son ordre
ومعنى هذا المبدأ أن الأثر يترتب من الشخص نفسه أما تدخل القانون فمقصور على وضع الجزاء .

(٣) محاضرات فى القانون المدنى العراقى للدكتور حسن الذنون ، نظرية العقد ، عام ٩٥٦ س ٩ .

مختاراً مريداً راغباً مشتهياً ، وهو كاره لأن يكون له منها ولد ، مع علمه بأن هذا يكون من ذلك كثيراً ، وكمن يلقي البذر في الأرض ، والأنبات ليس من عمله ، بل من عمل الرب ، ومع ذلك لم ينف هذا أن إلقاء البذر اختيارى رضائى من كل الوجوه ، وإذا كان ذلك سائغاً بالنسبة للأمور الحسية ، فهو كذلك فى الأمور المعنوية والقولية ، وعلى ذلك يكون معقولاً وسائغاً أن تكون العقود الشرعية رضائية اختيارية فى كونها ، وآثارها من عمل الشارع الحكيم[١] .

الفرع الثانى
تقدير الجعلية

٦٠٦ — **تقدير الجعلية بالمعنى الواسع** : إن المبالغة التى خالطت تفسير الجعلية لدى الأصوليين قد دعت البعض إلى وصفها بأنها شطحة كلامية[٢] . ولقد سبق أن رأينا نظيراً لهذه المبالغة فى الحط من دور العاقد فى الفقه الغربى لدى بونيكاز[٣] الذى ذهب إلى أن عمل العاقد فى التصرف القانونى هو كعمل المسئول فى الفعل الضار ، كلاهما لا شأن له فى ترتيب الأثر ، والواقع أن استقراء الأحكام الشرعية لا يدعم الإطلاق فى جعلية الآثار ، على أن هذا لا يدعو إلى اعتبار الجعلية نتيجة منطقية كلامية أكثر منها نتيجة فقهية واقعية[٤] . إن تجاهل إرادة الأفراد فى ترتيب الآثار هو كتجاهل دور القانون سواء بسواء . والواقع أن لهذه الإرادة دوراً يجب أن نقره لها ، ويجب أن نخرجها عن تواضعها الذى أراده لها المتطرفون . فالآثار فى نظرنا ترتب إعمالا لإرادة العاقد والشارع ، وإسهام الإرادة فى ترتيب الآثار يختلف حسب : (١) طبيعة التشريع أو المذهب . (٢) وطبيعة العقد .

---

(١) راجع الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبى زهرة ، ف ١٣٧ ، ص ٢٢٠ ؛ وانظر الموافقات للشاطبى ، ج ١ ، ص ١٥١ .

(٢) يرى الدكتور صلاح الدين النامى أن نظرية الجعلية ليست سوى شطحة كلامية ليست من الفقه فى شىء « فإن الحقيقة الفقهية غير الحقيقة الكلامية ، وما كان ينبغى الخلط بينهما على هذا النحو ، وليس فى منطق الأشياء ما يحول دون ترتب الآثار على مسبباتها اكتساباً (الامتناع المشروع عن الوفاء ، ص ٣١٧) » .

(٣) راجع ما سبق ، ص ٥٩٤ .

(٤) على أن الدكتور النامى الذى ذهب إلى أن الجعلية شطحة كلامية اعترف بجدواها عندما عزى اليها عدم بروز فكرة السبب (راجع رسالته ، ص ٣٢٩) .

٦٠٧ — (١) فالشرائع التى تقوم على أساس من المذاهب الفردية ينمو حظ الإرادة فيها فى ترتيب الأثر ، ويتضاءل دور التشريع ، والشرائع التى تقوم على أساس من المذاهب الإجتماعية ينمو حظ القانون فيها فى ترتيب الأثر ، ويتضاءل دور الإرادة . وضمور دور الإرادة فى هذه غالباً ما يكون مرده اتساع دائرة النظام العام فيها ، ولما كانت الشريعة الإسلامية ذات صبغة اشتراكية[1] يسخر الفرد فيها لخدمة المجموع كان طبيعياً أن تتسع فيها دائرة النظام العام[2] ، وبالتالى كان طبيعياً أن يعظم فيها دور الشارع فى ترتيب الأثر ، وهذا ما أوضحته نظارية الجملية فى هذا التشريع .

٦٠٨ — وفى ظل التشريع الإسلامى نفسه يختلف دور الشارع بين مذهب وآخر ، فالمذهب الحنبلى الذى أعطى للإرادة شأواً كبيراً وسلطاناً واسعاً فى إنشاء العقد وترتيب آثاره يضمر فيه دور الشارع فى ترتيب الأثر . بينما يعظم هذا الدور فى المذاهب الأخرى التى قيدت من سلطان الإرادة وحصرته فى دائرة ضيقة .

٦٠٩ — (٢) وأخيراً كما يختلف دور الإرادة فى ترتيب الأثر من تشريع إلى آخر ، حسب نزعته الفردية والاجتماعية ، يختلف هذا الدور نفسه فى ظل تشريع معين من هذه التشريعات بين عقد وآخر .

---

(١) « وهذه النزعة أو الطابع الجماعى للفقه الإسلامى نجده واضحاً فيما جاء به الاسلام من عبادات كما هو واضح فيما أتى به من أحكام المعاملات التى نراها فى الحياة العملية (الدكتور يوسف موسى ف ٢٠٣ ص ١٤٢) »

(٢) السنهورى ، مصادر الحق ، ج ١ ، ص ٨٢ : « إن دائرة النظام العام فى الفقه الإسلامى أوسع منها فى الفقه الغربى ، فتحريم العقود الربوية وتحريم عقود الغرر ، يوسعان كثيراً من هذه الدائرة فى الفقه الإسلامى . كذلك نظارية الشرط المقترن بالعقد تزيد فى توسيع الدائرة إلى حد بعيد . فالأصل إذن فى الفقه الإسلامى هو حرية التعاقد فى حدود النظام العام ، إلا أن كثرة القواعد التى تعتبر من النظام العام تضيق من هذه الحرية .

وجاء فى الجزء الخامس من نفس المرجع ، ص ١١١ : « إن فكرة الغرر قد وسعت كثيراً من دائرة النظام العام والآداب فى الفقه الإسلامى ، فهى أبعد مدى منها فى الفقه الغربى ، وقد رأينا فى الفقه الإسلامى تطبيقاتها الكثيرة فى المحل المعدوم والمحل غير المعين ، وسنرى لها تطبيقات أخرى فى الشروط الفاسدة . يضاف إلى فكرة الغرر فكرتان أخريان وسعتا كثيراً فى الفقه الإسلامى من دائرة النظام العام والآداب عما هى فى الفقه الغربى :

١ — فكرة الشروط الفاسدة وهى مسألة تتصل بالصناعة الفقهية .

٢ — وفكرة الربا وهى مسألة تتصل بالنظم الاقتصادية والاجتماعية .

فني عقد الزواج مثلا حيث يهيمن النظام العام على أحكام العائلة ، يكاد الشرع ينفرد في ترتيب آثار العقد دون الإرادة ، وتكاد تكون تعبيرات النكاح والطلاق وقائع قانونية تنقدح آثارها بصرف النظر عن الآثار التي يهدف إليها عاقدوها[1] .

ويرى أستاذنا الجليل الشيخ محمد أبو زهرة أن عقد النكاح هو المجال الطبيعي لتطبيق نظرية الجعلية فهو يقول : « ولو أردنا أن نحكم على صلاحية تلك الفكرة للبقاء واتصالها بأصول الشرع ومصادره لحكمنا بأن يؤخذ بها جملة من غير تردد في النكاح . فإن الأسرة لمكانها من الحرمة ، ولما يجب لها من الصيانة ، ولما تستلزمه من القرار والثبات كان الواجب أن يتولى الشارع آثار العقد فيها ، ويرتب الأحكام التي تنشأ عنه ، وإن ذلك يدعو إليه الاجتماع ؛ فإن الأسرة يجب أن تقوم على دعائم من القرار والثبات ، ولا يصح أن تسيطر فيها الرغبات ، ومن ورائها الشهوات والأهواء الهادمة لنظامها ، الناقضة لبنيانها ، المقوضة لأركانها . . .

أما بالنسبة للعقود المالية ، فالذي نراه أنه يجب أن يكون لإرادة العاقدين سلطان في تكوين آثارها لأنه لا خطر في جعل هذا السلطان للإرادة ما دام لم يخالف أمراً مقرراً في الشريعة ثبت بقياس ، أو أثر مشهور ، أو نص قطعي ، فإن الله سبحانه وتعالى قد أمر بالوفاء بالعقود والعهود ، ولا شك أن الوفاء بها تنفيذ لآثارها ، والعدالة توجب أن يكون للشخص سلطان فيما ينفذه بمقتضى تعهده ، وبمقتضى العقدة التي عقدها ، وفرق بين النكاح والعقود المالية ، فإن الأبضاع الأصل فيها الحرمة ، وتحليلها يكون بتحليل الشارع الصريح ، فكان لابد من أن يكون السلطان في آثار النكاح للشارع نفسه . أما المعاملات المالية ... فالأصل فيها الحل حتى يقوم الدليل على الحرمة ولا شك أن الإرادة في الأمور التي تكون من هذا القبيل لها الشأن الأول بمقتضى الإذن العام في جعل الرضا أساساً لنقل الحقوق وإسقاطها[2] » .

ونحن نؤيد أستاذنا الجليل في دعوته إلى إعطاء الإرادة سلطانها في ترتيب آثار

---

(١) إن مؤدى قانون الوقائع القانونية أن « يعمل الفرد والقانون يأمر » وحيث لا توجد إرادة تلتزم بل سلطة تلزم ، وفي هذا النطاق لا يغير تدخل العاقد شيئاً ذلك لأن تدخله غير لازم لترتيب حكم القانون فهو من قبيل التزيد الذي لا يعتد به .

(٢) الملكية ونظرية العقد للأستاذ محمد أبي زهرة ، ف ١٣٩ ، ص ٢٢٢ — ٢٢٣ .

العقود المالية ونرى فى الوقت نفسه السماح للعاقدين فى عقد النكاح باشتراط ما يمثل مصلحة جدية لها تأتلف مع الغاية التى حددها الشارع لعقد الزواج وهو إنشاء رابطة للحياة المشتركة .

وعلى ضوء هذه الغاية نرى أن لا يقبل شرط المرأة على الرجل عدم السفر بها ، ذلك لأن هذا الشرط — إذا كان يمثل فى الماضى مصلحة جدية للمرأة ، لتعسر الانتقال — فقد غدا اليوم غير مقبول أمام تقدم وسائل المواصلات التى تيسر للزوجة سبيل الاتصال ببلدها وأهلها . عدا أن هذا الاشتراط يخل بمفهوم التضامن الزوجى . وقد أشار أستاذنا الجليل محمد أبو زهرة إلى مساوىء هذا الاشتراط إذ يقول : « لو جعلنا باب الشروط مفتوحاً ، والوفاء بها لازماً ، لاضطربت الحياة الزوجية أيما اضطراب . ولنضرب لذلك مثلا ، شرطاً وهو ألا ينقلها من بلدها . فإذا كانت مثلا فى القاهرة لا ينقلها إلى طنطا أو أسيوط ، أو أسوان فإذا اضطره عمله إلى الإقامة فى أسوان فإنه لا يسوغ له أن ينقل زوجه وولده إليها وتستمر العشرة الزوجية على هذا النظام ، هى فى الشمال وهو فى الجنوب ، لا يتلاقيان إلا بشق الأنفس ، فأى زواج هذا ؟ ! [(١)] »

أما الأنواع الأخرى من الشروط التى تمثل مصلحة جدية للمرأة ، كما لو اشترطت على الرجل ألا يتزوج عليها . فنرى وجوب احترامها ذلك أن إهدار هذا الشرط وفسح المجال للرجل للإخلال به يفضى إلى إهدار مصلحة جدية للمرأة التى أعلنت عن رغبتها صراحة عند التعاقد ، والتى دللت على رغبة أكيدة لديها فى الاستئثار بزوجها ، وهو من جهة أخرى يفضى إلى تشجيع الأفراد على النكث بالعهد الذى تأباه الشريعة الإسلامية الآمرة بالوفاء بالعقود .

هذا وقد أخذ قانون الأحوال الشخصية السورى الصادر فى ١٧/٩/٩٥٣ بمذهب الحنابلة وفتح الباب رحيباً أمام الشروط العقدية فى النكاح فقد جاء فى مذكرته الإيضاحية (ص ٥) :

« ولما كان المذهب الحنفى لا يعتبر الشروط فى الزواج ، وكان من الضرورى مراعاة الشروط التى تنظم الحياة الزوجية كاشتراط إسكان الزوجة فى مكان معين ،

(١) أحكام الأحوال الشخصية للأستاذ محمد أبى زهرة ، قسم الزواج ، ف ١٢٩ ، ص ١٥٦ .

أو عدم التزوج عليها ، فقد مشى المشروع على قاعدة فى الشروط استمدها من أقوال الحنابلة » جاء فى المادة ١٤ من القانون المذكور « وإذا قيد [عقد النكاح] بشرط يلتزم للمرأة مصلحة غير محظورة شرعاً ، ولا تمس حقوق غيرها ، ولا تقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة المشروعة كان الشرط صحيحاً ملزماً .

وإذا اشترطت المرأة فى عقد النكاح ما يقيد حرية الزوج فى أعماله الخاصة ، أو يمس حقوق غيرها ، كان الاشتراط صحيحاً ، ولكنه ليس بملزم للزوج ، فإذا لم يف الزوج به ، فللزوجة المشترطة طلب فسخ النكاح » .

٦١٠ — **تقدير الجملية بالمعنى الضيق** : لئن كانت الجملية بالمعنى الواسع عامل تأخر فى المذاهب التى أغرقت فى التمسك بها فى الفقه الإسلامى ، فإن الجملية بمعناها الضيق كانت عامل تقدم . وإليك فيما يلى ما تقدمه من ثمرات فى مجال التنظيم الوضعى وهى :

(١) الاستغناء عن التزام البائع بنقل الملكية .

(٢) الاستغناء عن نظرية السبب .

(٣) تفسير ظاهرة النيابة .

٦١١ — **الجملية وانتقال الملكية بمجرد العقد** : إن الثمرة الأولى لنظرية الجملية نجدها فى انتقال الملكية بمجرد العقد فى الفقه الإسلامى[1] فبفضل قيام المشرع بهذا النقل استطعنا أن نستغنى عن التزام البائع بنقل الملكية ، وما كان يستتبعه من إجراء شكليات معقدة ، كان يرزح تحتها هذا الالتزام فى ظل القانون الرومانى .

لقد كانت العقلية الرومانية اللادينية قاصرة عن تصور انتقال الملكية بمجرد الارتباط القانونى ، بل كان لابد لهذا الانتقال عندهم من أمر محسوس ينضوى فى إحدى الإجراءات الشكلية المعروفة فى القانون الرومانى ، وهى الإشهاد Mancipacio أو التنازل القضائى in Jure cessio ، أو التسليم Traditio ، وكان التسليم هو أهم هذه الطرق الثلاثة .

(١) م ٣٦٩ من المجلة حكم البيع المنعقد انتقال الملكية يعنى صيرورة المشترى مالكا للمبيع ، والبائع مالكا للثمن .

ويعلل البعض[1] ذلك بأن حق التملك كان مقصوراً على الرومانى ، أما غير الرومانى فلم يكن له الحق فى أن يتملك أى شيء ، ولما كانت ضرورة الحياة تستلزم التعامل مع غير الرومانيين ، اضطر الرومان إلى جعل أثر البيع مقصوراً على تمكين المشترى من الانتفاع بالمبيع فقط ، وبذا يسهل التعامل مع غير الرومان ، فلا تضيق دائرة المعاملات.

وعندى ، أن مرد هذا القصور فى التصور ليس قصر حق التملك على الرومان ، بل هو النزعة إلى التعويل على الأمور الحسية الظاهرة فى المجتمع الرومانى[2] ولا دينيته[3] ، فكان طبيعياً أن لا يفقه الرومان انتقال الملكية من تلقاء ذاتها ، وأن يستلزموا أمراً حسياً من العاقد لنقلها .

أما الفقهاء المسلمون الذين أوحى إليهم الدين الحنيف بوجود قوة سماوية علوية قادرة على أن تقول للشيء كن فيكون ، فقد استطاعوا أن يموا انتقال الملكية بدون تدخل العاقد ، وتسنى لهم أن يقرروا أن الملكية تنتقل بمجرد العقد بجعل من الشارع ، وأن ليس للعاقد إلا إيجاد السبب [العقد] ، الذى يحصل المسبب [نقل الملكية] عنده ، لا به[4] .

هذا ويلاحظ أن الفكر الأوروبى لم يستيقظ من تقليده الأعمى للقانون الرومانى ، الذى يعتبر انتقال الملكية التزاماً على عاتق البائع ، إلا فى القرن الثامن عشر ، وعلى يد الفقيهين بورجون Bourjon وآرغو Argou اللذين كانا أول من نادى بوجوب الأخذ بمبدأ انتقال الملكية بمجرد التعاقد . ومن هذا يبين أن الفكر الأوروبى قد اهتدى إلى ما سبق أن اهتدى إليه الفكر الإسلامى بأحد عشر قرنا .

على أن القوانين الأوروبية الحديثة — وما يدور فى فلكها — كالقانونين المصرى والسورى — رغم اعتدادها بملاحظة الفقيهين المذكورين ، واعتبارها

---

(١) كولان وكابيتان ، جـ ٢ ، ف ٥٠٨ .
(٢) إيهرنغ ، روح القانون الرومانى ، جـ ٣ ، ص ٢٠١ .
(٣) أصبحت المسيحية ديناً رسمياً للامبراطورية الرومانية فى حكم قسطنطين (٣٠٦ — ٣٣٧)
(٤) الموافقات للشاطبي ، جـ ١ ، ص ١٩٦ .

الملكية منتقلة بمجرد العقد ، فإنها ما تزال تنص فى أحكامها على أن انتقال الملكية هو التزام عقدى مترتب فى ذمة البائع[1] .

وقد أثار اعتبار انتقال الملكية التزاماً إلى جانب اعتباره منفذاً من تلقاء نفسه ، استهجان الفقهاء واستغرابهم[2] ذلك لأن الالتزام بنقل الملكية قد غدا التزاماً أجوف لا حاجة لذكره ما دام القانون نفسه قد أخذ على عاتقه تنفيذه . وأول فقيه أوروبى فطن إلى عدم جدوى ذكر هذا الالتزام هو الفقيه بونيكاز الذى تمم عمل الفقيهين بورجون وآرغو ، وكان أول من نادى بوجوب حذف هذا الالتزام الموهوم . وحسبنا أن نقول ، بعد هذا الحذف ، أن العقد حرك القانون فجعله ينقل الملكية ، وبذلك يكون القانون لا العقد هو الذى رتب الأثر . أى أن الفقيه بونيكاز يدعو إلى ما تؤدى إليه نظرية الجعلية الإسلامية .

وهكذا وعلى يد الفقيه بونيكاز قد انتهى الفقه الأوروبى إلى ما ابتدأ به الفقه الإسلامى منذ أربعة عشر قرناً ! ...

٦١٢ — **الجعلية ونظرية السبب** : سبق أن رأينا أن أنصار السبب فى الفقه الغربى يرون أن لكل التزام سبباً ، أى غرضاً مباشراً يسعى الملتزم إلى الوصول إليه من وراء التزامه .

وإذا عرفنا أن فكرة الحكم الأصلى فى الفقه الإسلامى تحقق إلى حد كبير الأغراض المباشرة التى يهدف العاقدان إلى الوصول إليها ، أى نقل ملكية المبيع إلى المشترى ، ونقل ملكية الثمن إلى البائع ، أدركنا إلى أى مدى استطاع الفقه الإسلامى أن يستغنى عن فكرة السبب التى تمسك بها أنصارها فى الفقه الغربى .

---

(١) م ٢٠٥ سورى (٢٠٤ مصرى) « الالتزام بنقل الملكية أو أى حق عينى آخر ينقل من تلقاء نفسه هذا الحق إذا كان محل الالتزام شيئاً معيناً بالذات يملكه الملتزم وذلك دون إخلال بالقواعد المتعلقة بالتسجيل » .

(٢) وقد لاحظ أستاذنا الجليل الدكتور سليمان مرقس بحق « أن هذا الحكم الذى نصت عليه المادة / ٢٠٤ / يبدو غريباً من حيث أنه يجعل الالتزام منفذاً من وقت نشوئه أى أنه يقرران الالتزام بنقل حق عينى على منقول معين بالذات ينشأ وينقضى فى وقت واحد ، أى أنه يولد ويموت فى اللحظة ذاتها ، وأنه بالرغم من موته بمجرد ميلاده يتخلف عنه أثر فى غاية الأهمية هو انتقال حق عينى من الملتزم بنقل هذا الحق إلى دائنه . ولم يصل القانون دفعة واحدة إلى هذا الحكم الذى تبدو غرابته ، بل كان ذلك نتيجة تطور طويل ... (أحكام الالتزام للدكتور سليمان مرقس ، ص ٤٣) »

أما كيف تغنى فكرة الحكم الأصلى عن فكرة السبب فرجع ذلك إلى التنفيذ الفورى للحكم ، والذى يقوم به الشارع فور ارتباط الإيجاب بالقبول .

إن انتقال ملكية المبيع إلى المشترى ، وانتقال ملكية الثمن إلى البائع ، ينقدحان فى البيع بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول . وهذا الانقداح يتم حكماً بإيعاز من الشارع ، كما ينقدح ضوء المصباح من مجرد التقاء شطرى السلك الكهربائى[1] .

هذا وإذا عرفنا أن نقل ملكية المبيع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن إلى البائع هما الأثران الرئيسيان اللذان يبغى العاقدان تحقيقهما . وإذا عرفنا أيضاً أن الشارع هو الذى ينفرد فى هذا التحقيق فور انتهاء العاقدين من إيجاد الصيغة الشرعية الصالحة . أدركنا مدى زهد الفقه الإسلامى بإيجاد مؤسسة السبب لتحقيق أغراض العاقدين المباشرة مادامت جملية الآثار فى الفقه الإسلامى قد قامت فعلاً بتحقيق هذه الأغراض .

وتأتى نظرية التوازن والتكافؤ فى المراكز التعاقدية لتكمل عمل نظرية الجملية ؛ وأول خطوة فى تسوية هذه المراكز التعاقدية تتم عن طريق المشترى ، فما دام الحكم الأصلى قد نقل إلى البائع حقاً شخصياً هو ملكية الثمن ، وما دام قد نقل حقاً عينياً إلى المشترى هو ملكية المبيع ، وما دام هذا الحق العينى يتمتع بامتيازات لا تتوافر فى ذاك ، وجب على المشترى أن يعيد هذا التفاوت فى المراكز التعاقدية إلى نصابه السوى ، فيلزم أولاً بدفع الثمن .

جاء فى البدائع « وليس للمشترى أن يمتنع عن تسليم الثمن إلى البائع حتى يقبض المبيع ، إذا كان المبيع حاضراً ، لأن البيع عقد معاوضة ، والمساواة فى المعاوضات مطلوبة المتعاوضين عادة ، وحق المشترى فى الثمن لم يتعين إلا بالعقد ، لأن الثمن فى الذمة ، فلايتعين بالتعيين إلا بالقبض ، فيسلم الثمن أولاً ليتعين ، فتحقق المساواة[2] » .

وإذا ما ألزم المشترى البائع أن يسلم المبيع بعدها فليس سبب التزامه هو التزام المشترى بدفع الثمن ، بل لأن احتفاظه بالمبيع يؤدى إلى اختلال المراكز التعاقدية ؛

---

(١) فكما أن الطاقة الكهربائية المولدة للنور تأتى من المولد الكهربائى الخارج عن السلكين ، فكذلك نقل الملكية من البائع إلى المشترى ونقل ملكية الثمن إلى البائع مرجعهما الشارع لا العاقد

(٢) البدائع ، ج ٥ ، ص ٢٣٧ .

ذلك لأنه أصبح فى حوزته الثمن والمبيع فى الوقت الذى يملك فيه المشترى المبيع دون أن يحوزه ، فتحقيقاً للتكافؤ بين مركز البائع والمشترى يلزم البائع بتسليم المبيع إلى المشترى .

هذا وإذا كان الثمن عيناً ، لم يلزم المشترى بالدفع أولاً ، لأن العقد ولد حقين عينيين أحدهما للبائع والآخر للمشترى ، فيلزمان بالتسليم معاً . جاء فى البدائع : « ولو تبايعا عيناً بعين ، سلما معاً ، لما ذكرنا أن المساواة فى عقد المعاوضة مطلوبة المتعاوضين عادة ، وتحقيق المساواة ههنا فى التسليم معاً ، ولأن تسليم المبيع مستحق ، وليس أحدهما بتقديم التسليم أولى من الآخر ، ولأن كل واحد منهما مبيع فيسلمان معاً[1] » .

٦١٣ — **الجملية وتفسير ظاهرة النيابة** : لقد حار الفقه الأوروبى الحديث فى تفسير ظاهرة انصراف آثار العقد الذى يجريه النائب إلى ذمة الأصيل مباشرة ، وذهب مذاهب شتى فى تعليل هذه الظاهرة .

ولقد رأينا أن أحدث الآراء وأصحها فى الأنظار القانونية هى نظرية دوغى ومدراى ، التى تذهب إلى أن القانون هو الذى يسند إلى الأصيل آثار التصرف الذى يبرمه النائب ؛ لأن القانون أصلاً هو الذى يرتب الآثار على التصرفات القانونية ، ومعنى هذا أن أحدث الآراء القانونية قد انتهى إلى ما ابتدأ به الفقه الإسلامى منذ ثلاثة عشر قرنا .

إن فكرة الجملية هى التى سمحت للفقه الإسلامى أن يقر مبدأ النيابة . هذا المبدأ الذى لم يتقبله الفقه الغربى إلا حديثاً . إن الفقه الإسلامى قد بز فى إقراره لهذا المبدأ « القانون الرومانى الذى لم يصل فى أية مرحلة من مراحل تطوره إلى إقرار مبدأ النيابة إقراراً كاملاً ، كما فعل الفقه الإسلامى[2] » . لقد أقر الفقه الإسلامى النيابة كاملة ، وجعل العلاقة مباشرة بين الموكل والغير فى كل من حكم العقد وحقوقه جميعاً . وأخفى شخص الوكيل من بينهما (الفقه الشافعى) كما هو الأمر فى الفقه الغربى فى أحدث مراحل تقدمه ، بل إنه سجل تقدمه على الفقه الحديث حين قضى بانصراف آثار عقد الوكيل إلى ذمة الأصيل ولو أضاف العقد إلى نفسه مادامت هذه هى الصورة العملية الغالبة . أما السر الذى جعل الفقه الإسلامى يسبق الزمن ويبز القانون

---

(١) البدائع ، جـ ٥ ، ص ٢٣٨ .

(٢) مصادر الحق للسنهورى ، جـ ٥ ، ص ٢٤٨ .

الروماني ، بل ويسجل تقدماً على الفقه الغربي حتى بعد أن خطا هذا خطواته الواسعة في مدارج التقدم . أقول إن السر في ذلك يرجع إلى نظرية الجملية وفكرة الحكم الأصلي ، اللتين نسجل للفقه الإسلامي مدى ما قطفه منهما من ثمار .

لقد كان منطق القانون الروماني في نظرية الالتزام لا يستسيغ مبدأ النيابة ، وآية ذلك أن الرومان إذ كانوا ينظرون للالتزام على أنه رابطة بين شخصين ، لم يكن سهلاً عليهم تصور انصراف آثار هذا الالتزام إلى غير ذمة منشئيه .

أما الفقه الإسلامي الذي كان ينظر إلى الالتزام على أنه علاقة بين ذمتين ، لا بين شخصين ، فقد كان سهلاً عليه قبول مبدأ النيابة[1] .

أضف إلى ذلك أن قيام الفقه الإسلامي ، على التصرف الشرعي كأساس لصناعته الفقهية ، قد مكّنه من تقبل فكرة النيابة . والخلاصة إن هناك عوامل ثلاثة قد أسهمت في إقرار النيابة في الفقه الإسلامي وهي :

(١) إن الفقه الإسلامي فقه عملي .

(٢) إن التصرف فيه وسيلة يتذرع بها للوصول إلى الغايات العملية التي يصبو إليها العاقدان .

(٣) إن الشرع هو الذي يرتب الأثر .

لهذه الأسباب مجتمعة ، لم يجد الفقه الإسلامي ما يمنع من أن يترتب الأثر في ذمة شخص غير مشترك في التصرف ، وبعبارة أخرى ليس ثمة ما يمنع من أن يحدد الشرع الطرف الذي يضاف إليه الأثر ، ما دام صاحب الشأن قد أراد ذلك ، كما هو الحال في الوكالة . أو اقتضته مصلحة جديرة بحماية الشرع ، كما هو الأمر في النيابات الشرعية[2] .

فمنطق الفقه الإسلامي لا يمنع إذن من أن يمتد أثر التصرف إلى من لم يشترك في تكوينه ، مادامت الضرورة قد قضت بذلك . ولئن كان الأصل في الفقه الإسلامي

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٥ ، وما ب .

(٢) النيابة في التصرفات القانونية للدكتور جمال مرسي بدر ، ص ١٧٥ — ١٧٦ .

أن يعقد أثر التصرف إلى عاقده ، كما قال الزيلعى : « الوكيل أصل فى العقد فقضيته أن يكون الحاصل بالتصرف واقعاً له[1] » . وقال الكاسانى : « الوكيل هو العاقد حقيقة ، لأن عقدة كلامه القائم بذاته ، وكان ينبغى أن يكون أصل الحكم له أيضاً ، لأن السبب وجد منه حقيقة وشرعاً[2] » . غير أن الضرورة تتيح لهذا الفقه — الذى لم يتقيد بأغلال نظرية الالتزام — أن يقبل انتقال حكم العقد إلى شخص لم يشترك فى إبرام العقد . ويشير صاحب تبيين الحقائق إلى هذه الضرورة فيقول بعد أن قرر أن الأصل فى العقد أن ينصرف أثره إلى عاقديه :

« غير أن الموكل لما استنابه فى تحصيل الحكم ، جعلناه نائباً فى حق الحكم للضرورة ، كى لا يبطل مقصوده ، وراعينا الأصل فى الحقوق ، إذ لا ضرورة فى حقها[3] » .

وهكذا فقد استطاع الفقه الإسلامى ، الذى لم يتقيد بقيود نظرية الالتزام الرومانية ، التى تنظر للالتزام على أنه رابطة بين شخصين ، أن يستسيغ ترتيب أثر العقد فى ذمة شخص لم يشترك فى تكوينه ؛ عندما قضت الحاجات العملية بهذا الخروج عن الأصل[4] .

---

(١) الكنز ، نقلا عن تبيين الحقائق ، ج ٤ ، ص ٢٥٦ .

(٢) البدائع ، ج ٦ ، ص ٣٣ — ٣٤ .

(٣) المرجع السابق .

(٤) أشار أستاذنا السنهورى إلى ثلاثة أسباب ، لعدم تسليم القانون الرومانى بانصراف أثر العقد إلى الأصيل دون النائب :

(الأمر الأول) ما تركته الأوضاع والشكليات فى العقود من أثر تخلف عنها ، فقد كان العقد الشكلى فى القانون الرومانى لا يباشره إلا العاقد نفسه ، ولا ينصرف أثر العقد إلا إلى من باشره ؛ لأنه هو الذى يقوم بالأوضاع والأشكال التى يتطلبها العقد . فكان من الصعب التسليم ، أن شخصاً يقوم بما يستوجبه العقد من شكليات ، ثم ينصرف أثر العقد إلى غيره ، فإن الشكليات لا تجوز النيابة فيها . وعندما تحررت الإرادة من الشكلية فى بعض العقود ، بقى مع ذلك هذا الأثر ولم يسلم القانون الرومانى جواز النيابة فى التعاقد .

(الأمر الثانى) إن الالتزام فى القانون الرومانى كان رابطة شخصية محضة ، فإذا نشأت هذه الرابطة بين الشخصين اللذين باشرا العقد ، فقد كان من الصعب التسليم أنها تمتد إلى شخص ثالث يعتبر هو الأصيل ، مع زوالها عن النائب وهو أحد الشخصين الأصليين اللذين عقدت بينهما الرابطة =

وامتداد أثر التصرف إلى من لم يشترك فى تكوينه أمر مألوف فى منطق الفقه الإسلامى ، فقد جاء فى العناية فى التدليل على صحة انصراف الحكم إلى الأصيل فى النيابة « ويجوز أن يثبت الحكم لغير من انعقد له السبب ، كالعبد يقبل الهبة والصدقة ويصطاد ، فإن مولاه يقوم مقامه فى الملك بذلك السبب[1] » .

= (الأمر الثالث) إن التسليم بفكرة النيابة يقتضى الفصل بين العلة والمعلول ، فالمعلول يترتب فى شخص من باشر العلة ، والنيابة تستلزم أن يباشر النائب العلة ، وأن يترتب المعلول فى شخص الأصيل (راجع مصادر الحق ، ج ٥ ، ص ١٩٧) .

(١) تكملة فتح القدير ، ج ٦ ، ص ١٨ .

الفصل الثالث

القوة الملزمة للعقد

(العقد شريعة المتعاقدين)

٦١٤ — نصت الفقرة الأولى من المادة ١٤٨ من القانون المدنى السورى على أن « العقد شريعة المتعاقدين ، فلا يجوز نقضه ولا تعديله إلا باتفاق الطرفين أو للأسباب التي يقررها القانون » ومؤدى القاعدة التى استهلت بها هذه الفقرة أن الالتزام الناشىء من العقد يعادل فى قوته الالتزام الناشىء من القانون فكما أن القانون يحول بين الأفراد والتحلل من الالتزامات التى يفرضها عليهم ، فكذلك العقد لايجيز لأحد طرفيه أن يتحلل بمحض مشيئته مما ينشئه من التزامات بل إن سلطان العقد ليفوق سلطان القانون فى نطاق الأحكام القانونية المفسرة فهذه الأخيرة تحجم عن الإلزام إذا ما أقدم العاقدان على تنظيم علاقتهما العقدية وفق مشيئتهما فى حدود النظام العام والآداب .

٦١٥ — هذا وقد رسم القانون الحدود التى يتاح فيها للعاقدين التنصل من قانونهما وهى حدود تستند إلى إرادتهما المشتركة حيناً ، وإلى طبيعة العقد ، ومقتضيات العدالة حيناً آخر .

أما عن الحالات التى يجوز فيها لأحد العاقدين أن يستبد بنقض العقد بالاستناد إلى طبيعته فمثلها ما نصت عليه المادة ٤٩٧ (٥٢٩ مصرى) فيما يتعلق بعقد الشركة ، والمادة ٥٣١ (٥٦٣ مصرى) فيما يتعلق بالإيجار ، والمادة ٦٦٠ (٦٩٤ مصرى) فيما يتعلق بعقد العمل ، والمادة ٦٨٨ (٧٢٢ مصرى) فيما يتعلق بعقد الوديعة ، والمادتين ٦٨١ و٦٨٢ (٧١٥ ، ٧١٦ مصرى) فيما يتعلق بالوكالة .

أما عن الحالات التى استند فيها القانون إلى مقتضيات العدالة فى تخويلة لأحد العاقدين أو للقاضى سلطة تعديل العقد أو نقضه فمثلها ما نصت عليه المادة ٢/٣٤٤

سورى (٢/٣٤٦ مصرى) من تخويل القاضى سلطة منح المدين نظرة الميسرة إذا استدعت حالته ذلك ، ولم يلحق الدائن من تأجيل حقه ضرر جسيم . ومن هذا القبيل السلطة التى تخولها المادة ٢٢٥ (٢٢٤ مصرى) القاضى فى خفض قيمة الشرط الجزائى إذا أثبت المدين أن التقدير كان مبالغاً فيه إلى درجة كبيرة ، والسلطة التى تمنحه إياها المادة ١/٦٧٥ (١/٧٠٩ مصرى) فى تعديل أجر الوكالة المتفق عليه بين الطرفين ، وحق الواهب فى الرجوع عن الهبة فى أحوال معينة المادة ٢/٤٦٨ (٢/٥٠٠ مصرى) وحق ورثة المستأجر فى أن يطلبوا إنهاء العقد بشروط معينة المادة ٥٦٨ و ٥٦٩ (٦٠١، ٦٠٢ مصرى) وحق المستأجر نفسه أو المؤجر أحياناً فى ذلك ٥٧٠ و٥٧٥ و٥٧٦ (٦٠٣ و ٦٠٨ و ٦٠٩ مصرى) وأخيراً حالة الظروف الطارئة التى نص عليها المشرع بصفة عامة فى المادة ٢/١٤٨ (٢/١٤٧ مصرى)[1] .

٦١٦ — **القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى** : طبيعى أن نجد فى الفقه الإسلامى نظيراً لتلك القاعدة التى ألقيناها فى القانون المدنى السورى ما دامت هذه القاعدة تستند إلى أساس أخلاقى وما دام الفقه الإسلامى يستند فى أحكامه إلى شريعة دينية آمرة بالحفاظ على العهد واحترام الكلمة المعطاة ؛ وإلى هذا تشير الآيتان الكريمتان :

« يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود » « وأوفوا بالعهد إن العهد كان مسئولا » وهما يعتبران بحق دستوراً للقوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى .

٦١٧ — **مدى القوة الملزمة** : على أن هذه القوة الملزمة ليست مطلقة فى الفقه الإسلامى شأنها فى ذلك شأن القانون الوضعى وإنما هى مقيدة بحق الرجوع الذى قرره الشارع لصاحب الخيار فى الخيارات المعروفة ، ولأحد العاقدين فى العقود غير الملزمة . الأمر الذى دعا بعض الباحثين إلى وصم القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى بالوهن والتخلف عن مثيلتها فى القانون الرومانى . فقد جاء فى رسالة النظرية العامة للالتزامات للدكتور شفيق شحاته ، بعد أن عدد المواطن التى سبق فيها الفقه

---

(١) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ٦٦١ ، ص ٣٣٣ . وانظر أيضا رسالة تكييف العقود للدكتور أحمد زكى الشيتى ، عام ١٩٤٤ ، ص ٣١ .

الإسلامى القانون الرومانى : « إن الفقه الإسلامى قد تأخر عن التشريع الرومانى فى ضعف القوة الإلزامية للارتباط العقدى[1] » .

وجاء فى محاضرة للدكتور م . أميريان ألقاها فى معهد القانون المقارن عن مدى استمداد القانون المدنى الإيرانى من القانون المدنى الفرنسى : « إن الحق فى عدم احترام الإرادة الخاصة ، هو أوفى حظاً فى الفقه الإسلامى منه فى القانون الفرنسى» .

٦١٨ — *تقدير هذا الرأى* : ونحن نرى أن هذه الدعوى هى محـل نظر للأسباب الآتية :

(ا) أما عن الخيارات فنحن لا نرى أن وجودها فى الفقه الإسلامى يوهن بالقوة الملزمة للعقد ، ذلك أن هذه الخيارات ، إما أن تـكون تعاقدية : كخيار الشرط ، والتعيين ، والنقد . وهذه لاتقدح فى القوة الملزمة للعقد لأنها نشأت بإرادة المتعاقدين . وإما أن تـكون شرعية : كخيار العيب والتدليس ، والتغرير ، وفوات الوصف ، وتفرق الصفقة . وهذه الخيارات لها شبيه فى حق الإبطال وحق الإجازة الممنوحين فى القوانين الحديثة لمن شيبت إرادته بعيب من عيوب الرضا من إكراه ، أو غلط أو تدليس ، أو استغلال . (راجع المواد ١٢١ ، ١٢٦ ، ١٢٨ ، ١٣٠ ، ٤١٢ ، ٤١٥ من القانون المدنى السورى) .

وهذا النوع من الخيارات الشرعية لايمس القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى ، لأن العقد ذا الإرادة المهيضة قمين بأن تـكون قوته الملزمة مهيضة مثله ، إلى أن يتقرر مصيرها بالإمضاء أو بالإبطال .

أما خيار المجلس ، ولعله يأتى فى مقدمة الخيارات التى دعت الباحثين إلى النتيجة التى انتهوا إليها من ضعف القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى — فهو إلى جانب كونه محصوراً فى المذهبين الشافعى والحنبلى والمذهب الشيعى الذى استمد القانون

---

(١) النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاته ، ف ٢٨٥ ، ص ٢٠١ .

المدنى الإيرانى نظرية خيار المجلس منه فى المادة ٣٩٧[1] – فإن له ما يسوغه فى المذهب الشافعى فى عدم اشتراطه لسماع كل من العاقدين كلام الآخر[2] .

(ب) أما العقود غير اللازمة فى الفقه الإسلامى فلها نظائر فى القوانين الحديثة ومنها القانون المدنى السورى الذى يسمح لأحد العاقدين فيها أن يستقل بنقضها بإرادته المنفردة كالعقود الزمنية غير معينة المدة التى سلف أن أشرنا إليها والتى اقتضت طبيعتها أن ينص المشرع فى شأن كل منها على أن يكون لأحد عاقديها أن ينهيها بإرادته المنفردة[3] .

(جـ) أضف إلى ذلك أن تخلف نظرية الفسخ يسهم فى دعم القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى وقد جلا ذلك الدكتور جلال عبده فى رده القيم على ما ذهب إليه الدكتور م . أميريان من أن القوة الملزمة للعقد فى القانون الفرنسى أمتن منها فى القانون المدنى الإيرانى المستمد من الشريعة الإسلامية .

يقول الدكتور عبده : « إن النتيجة التى وصل إليها الدكتور م . أميريان هى صحيحة إلى حد ما . فى الواقع يبدو أن القانون المدنى الإيرانى لم يعلق أهمية كبرى على اقتران الإرادتين ، ما دام يسمح للبائع أو المشترى بالرجوع عن كلامه بعد انعقاد وما دام فى مجلس العقد . بيد أننا نعتقد أن الاستناد إلى خيار المجلس ، لا يسمح بالقول بأن القانون الفرنسى أكثر احتراماً للعهد المقطوع من القانون الإيرانى ذلك لأن المادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى تذهب إلى أن « الشرط الفاسخ مفهوم ضمناً فى العقود الملزمة للجانبين فى حالة ما إذا لم يقم أحد المتعاقدين بما فى ذمته من التزام » . أن إمكانيةً للفسخ كهذه لم يقرها المشرع الإيرانى إلا فى حدود ضيقة جدا . فى الواقع إن فسخاً كهذا غير ممكن فى القانون الإيرانى إلا فى الحالتين الآتيتين :

الأولى : حالة بيع شىء معين بالذات ، إذا مضى ثلاثة أيام على انعقاد العقد دون

---

(١) قارن الأستاذ مصطفى الزرقاء (المدخل الفقهى العام ، ف ١٩٦ ، ص ٢٧٥) حيث أشار إلى أن « القضاء فى جميع البلاد الإسلامية اليوم » على عدم الأخذ بخيار المجلس . والواقع أن هذا الخيار معترف به فى المادة ٣٩٧ من القانون المدنى الإيرانى كما أشرنا فى المتن .

(٢) راجع ماسبق ، ف ١٢٧ ، هامش ص ١١٧ .

(٣) راجع ماسبق ، ف ٦١٥ .

أن يسلم البائع المبيع ودون أن يدفع المشترى الثمن ؛ على أن المادة ٤٠٢ تستثنى الحالة التى تحدد فيها مدة لتسليم الشىء أو دفع الثمن .

الثانية : حالة استحالة تنفيذ العقد حيث يكون للعاقد الحق بطلب الفسخ .

وفيما عدا هاتين الحالتين الاستثنائيتين فإن العاقد لا يستطيع أن يفسخ العقد ، حتى ولو لم ينفذ العاقد الآخر التزامه وهو ملزم بأن يقتصر على طلب التعويض إذا تعذر التنفيذ الجبرى (م ٢١٩ ، ٤٢٠ وما يليها) .

إن هذا الحل يسوغه حرص المشرع على استقرار التعامل . وإن هذه النتيجة التى قررناها هنا والتى تتعارض مع ما انتهى إليه م . أميريان تزداد أهميتها إذا عرفنا أن حالات خيار المجلس ليس لها تطبيقات عملية ، بينما نجد أن ثمة تطبيقات يومية عديدة للمادة ١١٨٤ من القانون الفرنسى ، وفيما عدا ذلك ، فإننا إذا أخرجنا نظرية الظروف الطارئة من نطاق القانون الإدارى إلى مجال القانون المدنى ، فإن ذلك لاشك مفض إلى تزعزع القوة الملزمة للعقد فى القانون الفرنسى إلى درجة كبيرة[1] » .

ونضيف إلى ماذكره الدكتور عبده أن استقلال الإرادة عن غرضها فى الفقه الإسلامى — تبعاً لعدم أخذه بنظرية السبب — هو الذى منح الإرادة قوتها فى هذا الفقه ، وهو فى هذا يفترق عن القانون المدنى السورى ويلتقى مع القانون المدنى الألمانى ، ذلك لأن الأول يربط الأرادة بغرضها ، تبعاً لأخذه بنظرية السبب وعلى ذلك فقد منح الدائن حق الفسخ عند عدم التنفيذ ، لتخلف الغرض ، فألحق ذلك بعض الوهن بالقوة الملازمة للعقد . أما القانون الألمانى ، فهو لم يقر هذا الحق للدائن — تبعاً لعدم أخذه بنظرية السبب — فالإرادة فيه تستمد قوتها من ذاتها ، ولا يؤثر تخلف الغرض — وهو مادة الإرادة — فى هذه القوة ، ذلك لأن قانون الواجب — وهو الدافع الحقيقى للارادة الخالصة — يبقى سليما نافذاً يأمر بالتنفيذ[2] . » فالمبدأ فى ظل

---

(١) راجع العنصر النفسى فى العقود وفق المفهوم الإيرانى (بالإفرنسية) تأليف الدكتور جلال عبده ، رسالة قدمت لنيل الدكتوراة من جامعة باريس عام ١٩٣٧ ، ص ١٨٦ — ١٨٧ .

(٢) قلادة ، ف ٢٧ ، ص ١٠١ . ويقول شوفالييه فى هذا المعنى : « إن الاهتمام الأكبر لواضعى القانون الألمانى كان موجهاً لإعطاء المتعاقد الذى يشكو من عدم تنفيذ الطرف الآخر ، الوسائل المجدية لاقتضاء التنفيذ من هذا الأخير .. فعلى العكس من القانون الفرنسى ، يعتبر =

الفلسفة الـكنتية التى أوحت بقانون الواجب يقضى « بأن يكون الإنسان جندياً للواجب لا متطوعاً له » بمعنى أنه يتعين عليه أن ينفذ هذا الواجب بصرف النظر عن أى اعتبار عملى آخر وإن تحقيق هذا المبدأ ، عن طريق قانون الواجب ، فى مجال القانون الوضعى هو الذى أفضى إلى تأكيد قوة الإرادة ، نظراً لإعمالها رغم تخلف غرضها ، وذلك بإجبار الناكل على التنفيذ واحترام الإرادة التى أعطاها القانون الألمانى اعتباره الأول وشأن الفقه الإسلامى فى هذا هو كشأن القانون الألمانى فهو أيضاً قد اعتبر الصيغة (الرضا) الركن الوحيد فى التصرف القانونى وأمر بإعمالها رغم تخلف غرضها ، وهذا الأمر نجده قاطعاً فى الآيتين الـكريمتين « ياأيها الذين آمنوا أوفوا بالعهود » « إن العهد كان مسؤلا » أما التنظيم الفرنسى فالاعتبار الأول فيه هو للغرض الذى يقصده العاقد ومن هنا يفقد العقد سببه حين يتخلف الغرض ، ويتاح للعاقد ان يفسخ تبعاً لذلك .

(ى) ونضيف إلى ما ذكره الدكتور جلال عبده أن القوانين الوضعية (ومنهـا المصرى والسورى) قد وسعت ، كما رأينا ، من الأحوال الاستثنائية التى يجوز فيها الخروج عن القوة الملزمة للعقد عند ما سمحت بنقض العقد أو تعديله باتفاق الطرفين أو للأسباب التى يقررها القانون[1] . ومعنى هذا أن نوعاً من الوهن قد لحق القوة الملزمة للعقد فى القوانين الوضعية إلى جانب حق الفسخ الذى أشار إليه الدكتور عبده والذى نص عليه القانون المدنى السورى فى المـادة ١٥٨ (١٥٧ مصرى) .

***

= القانون الألمـانى الدفع بعدم التنفيذ هو الجزاء الطبيعى لعدم التنفيذ . اما الفسخ فلا يظهر إلا فى النهاية ، وليس له سوى دور استثنائى احتياطى ، فهو الملجأ الأخير للدائن ، ولا يقدم إليه إلا إذا لم تجد الوسائل الأخرى الخاصة باقتضاء التنفيذ ، أى حين يصبح التنفيذ مستحيلاً (عدم تنفيذ العقد التبادلى لشوفالييه ، مذكرات لقسم الدكتوراه غير مطبوعة ، عام ٩٤٥ ، ص١٠١ وماب) » .

(١) راجع ما سبق ، ف ٦١٥ ، ص ٥٩٦ .

الرموز والاصطلاحات المستعملة في الملحق رقم ١

(١) مج ف : مجموعة الفتاوى .

(٢) مج هـ : مجموعة الهداية .

(٣) مج و : مجموعة الوقاية .

(٤) مج ك : مجموعة الكنز .

(٥) مج د : مجموعة الدرر .

(٦) مج م : مجموعة ملتقى الأبحر .

(٧) مج ت : مجموعة التنوير .

(٨) ر : حرف الراء المتلو بنقطتين هو فعل أمر من الرؤية بمعنى انظر .

(٩) ب : حرف الباء هو رمز للعرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع ، وإن الرقم المتلو به يشير إلى الرقم المتسلسل للنص الفقهي في هذا العرض .

(١٠) ن : حرف النون هو رمز للعرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح ، وإن الرقم المتلو به يشير إلى الرقم المتسلسل للنص الفقهي في هذا العرض .

(١١) ق : حرف القاف المتلو برقم يشير إلى الورقة في المخطوط الذي نقل منه النص .

(١٢) هـ/ : حرف الهاء المتلو بخط مائل يشير إلى هامش العرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع .

(١٣) هـ/ / : حرف الهاء المتلو بخطين مائلين بينهما رقم يشير إلى هامش العرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح .

(١٤) فب : تشير إلى كتاب الفوائد البهية في تراجم الحنفية .

أمثلة : إذا قيل مثلا : ر : ٤٢ ب ، فمعناه أنظر النص الفقهي ذا الرقم ٤٢ في العرض التاريخي لشرط السماع في عقد البيع . وإذا قيل ر : ٢١ ن ، فمعناه : أنظر النص الفقهي ذا الرقم ٢١ في العرض التاريخي لشرط السماع في عقد النكاح . وإذا قيل : ر : هـ/٥ ، فمعناه أنظر الهامش ذا الرقم ٥ في العرض الأول . وإذا قيل ر : هـ/٥/ فمعناه أنظر الهامش ذا الرقم ٥ في العرض الثاني .

الملحق رقم ١

شرط السماع فى الإيجاب والقبول

فى التعاقد بين حاضرين

فى الفقه الحنفى

(عرض تاريخى وتحقيق)

فائدة العرض : يقدم لنا هذا العرض صورة لنشوء مؤسسة حقوقية إسلامية ونموها وتطوراتها عَبْر تاريخ الفقه الحنفى . وهذه الصورة تقدم لنا فائدة مزدوجة : فهى أولا تعرفنا على ذاك الموكب الحافل من الفقهاء والشراح والمحشين الذين تناولوا شرط السماع فى عقدى البيع والنكاح تأييداً أو تضعيفاً منذ عام ٣٠٥ هـ الذى شهد ولادة هذا الشرط فى عقد البيع على يد الفقيه أبى نصر البلخى ، ومنذ عام ٥٤٢ هـ الذى شهد ولادة شرط السماع فى عقد النكاح فى كتاب الخلاصة لافتخار الدين . وغير خاف أنْ تتبع خطوات هذا الشرط فىهذين العقدين خلال ما يقارب الأحد عشر قرناً قبل أن يستقر بين شرائط العقد بوجه عام فى المادة ٩٢ من القانون المدنى السورى[١] وبين شرائط عقد النكاح بوجه خاص فى المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية السورى[٢] يعطينا صورة واضحة عن الماضى البعيد الذى يتوارى وراء هاتين المادتين ، ذلك أن الحاضر — كما يقولون — مثقل بالماضى .

وهى ثانياً : تقدم لنا صورة مصغرة لنمو كافة المؤسسات الحقوقية فى المذهب الحنفى التى سلكت نفس الطريق فى تطورها . وإننا لنقدم النصيحة مخلصين إلى زملائنا الذين يقدمون على دراسة الفقه الإسلامى لانتهاج نفس الخطة لما لمسناه منها من إعطاء

---

(١) جاء فى المادة ٩٢ (٨٩ مصرى) : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين . . . »

(٢) جاء فى المادة ١١ من ق . أ . ش : « يشترط . . . أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر ، وفاهما أن المقصود به الزواج »

صورة عميقة صادقة صحيحة عن صميم الفقه الحنفى من جهة ، وتجنيب الباحث ما قد يتعرض له من أخطاء حال تعويله على الـكتب المتداولة المتأخرين من جهة أخرى .

خطة العرض : تستند خطة العرض إلى القواعد الثلاثة الآتية :

أولا : لما كان الفقه الإسلامى خلواً من نظرية عامة للتصرف القانونى ، فقد رأينا عرض شرط السماع حسب العقود . ولقد اقتصرنا على عرض هذا الشرط فى عقدى البيع والنكاح ، لاهتمام الفقهاء بشرط السماع فيهما بوجه خاص . هذا وليس يفوتنا أن نشير هنا إلى أن النصوص الفقهية التى تعرض فيها الفقهاء لشرط السماع فى عقد البيع ليست تقع كلها فى كتاب البيع ، بل إن أغلب هذه النصوص قد استمددناها من باب القراءة فى الصلاة حيث يجعل الفقهاء حد المخافتة فى القراءة ضابطاً لدرجة ظهورالتعبير وهذا مادعانا إلى بذل مجهود مضاعف للتحرى عن مظان هذه النصوص .

ثانياً : عمدنا إلى تقسيم الـكتب الفقهية إلى ثمان مجموعات خصصنا المجموعة الأولى منها للفتاوى . أما المجموعات السبع الأخرى ، فقد خصصنا الأربع الأولى منها للمتون الأربعة الشهيرة وهى : (القدورى ، الهداية ، الوقاية ، الـكنز) وشروحها وحواشيها ، وخصصنا الثلاث الأخيرة منها للمتون الثلاثة المتأخرة الشهيرة وهى : (الدرر ، ملتقى الأبحر ، تنوير الأبصار) وشروحها وحواشيها . ولقد جعلنا ترتيب هذه المجموعات حسب تاريخ وفاة مؤسسها ، ورمزنا لـكل منها بالحرف الأول من اسم كتابه .

ثالثاً : لم نشأ استعراض المجموعات الثمـان السابقة فرادى حسب تسلسلها التاريخى ، وإنما آثرنا استعراضها مجتمعة وموزعة على القرون الأحد عشرة السابقة المبتدئة بكتاب النوازل لأبى الليث السمرقندى الصادر فى القرن الرابع ، والمنتهية بكتاب التحرير المختار لرد المحتار للشيخ عبد القادر الرافعى فى القرن الرابع عشر . وبعبارة أخرى لقد جعلنا القرن — لا تاريخ الفقه فى مجموعه — وحدة لعرضنا . وتمتاز الخطة الثانية عن الأولى فى صدق تعبيرها عن صدى العامل الزمنى على الفقه فى مجموعه من جهة ، وبيانها لتفاعل الفـكر الفقهى فى هذه الوحدة الزمنية من جهة أخرى .

ونستعرض فيما يلى : (١) شرط السماع فى عقد البيع . (٢) شرط السماع فى عقد النكاح .

§ ١ — شرط السماع فى الإيجاب والقبول
فى عقد البيع

قبل أن نتكلم عن شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع نمهد لذلك بعرض ما يلى :

(ا) فهرس مجموعات الكتب الفقهية التى تعرضت لشرط السماع فى الفقه الحنفى مرتبة حسب المجموعات الثمان التى سبق أن أشرنا إليها[١]

(ب) فهرس المجموعات موزعة على القرون الأحد عشرة الماضية .

(جـ) تحقيق النصوص الفقهية وعرضها وفق الترتيب الزمنى .

(د) تأصيل شرط السماع

(ا) فهرس مجموعات النصوص الفقهية
لشرط السماع فى عقد البيع

١ — **مجموعة الفتاوى** : القرن الرابع : النوازل (١ ب)، القرن السادس: الفتاوى الصغرى (٢ ب)، الخلاصة (٣ ب)، مجموع النوازل (٤ ب)، بدائع الصنائع (٥ ب)، فتاوى العتابى (٦ ب)، الحاوى القدسى (٧ ب)، القرن السابع : المحيط (١١ ب)، الظهيرية (١٢ب)، منية المفتى (١٣ ب)، الفتاوى التتارخانية (١٤ ب)؛ القرن الثامن : الفتاوى الولوالجية (١٦ ب)؛ القرن التاسع : الفتاوى البزازية (٢٧ ب)، جامع الفتاوى، (٢٨ ب)؛ القرن الحادى عشر : الفتاوى الهندية (٤٦ ب)، الفتاوى الخيرية (٤٧ ب) .

٢ — **مجموعة القدورى** : (للقدورى توفى ٤٢٨ هـ) : القرن السابع : شرح الزاهدى (١٥ ب)؛ القرن الثامن : السراج الوهاج (١٧ب)، الجوهرة النيرة (١٨ب) .

٣ — **مجموعة الهداية** : (المرغينانى توفى ٥٩٢ هـ): القرن السادس: مختارات النوازل

---

(١) نقصد بهذه الكتب تلك التى عثرنا عليها فى مكتبة الأزهر، ودار الكتب المصرية، ومكتبة كلية الحقوق فى جامعة القاهرة، ومكتبة بلدية الاسكندرية فى الإقليم الجنوبى، ودار الكتب الظاهرية فى دمشق، ومكتبة بلدية حلب فى الإقليم الشمالى .

(٨ ب) ، الهداية (٩ ب) ؛ القرن الثامن : معراج الدراية (١٩ ب) ، غاية البيان (٢٠ ب) ، العناية (٢١ ب) ، الكفاية (٢٢ ب) ؛ القرن التاسع : البناية (٢٩ ب) ، فتح القدير (٣٠ ب) ، زبدة الدراية (٣١ ب) .

٤ — *مجموعة الوقاية* : (لصدر الشريعة توفى ٦٠٠ ھ) القرن السادس : الوقاية (١٠ب) ؛ القرن الثامن : شرح المواضع المغلقة (٢٣ب) ؛ القرن التاسع : توفيق العناية (٣٢ب) ، كمال الدراية (٣٣ ب) ، شرح ابن ملك (٣٤ ب) ، حاشية يعقوب باشا (٣٥ ب) ؛ القرن العاشر : شرح البرجندى (٣٨ب) ، إيضاح الإصلاح (٣٩ ب) ، جامع الرموز (٤٠ ب) ، شرح ملا الياس (٤١ ب) ؛ القرن الحادى عشر : فتح باب العناية (٤٨ ب) ، غواص البحرين (٤٩ ب) ؛ القرن الثانى عشر : آلهى زادة (٦٢ ب) ؛ القرن الثالث عشر : أبو المكارم (٦٩ ب) .

٥ — *مجموعة الكنز* : (للنسفى توفى ٧١٠ ھ) : القرن الثامن : الكنز (٢٤ب) ، الكافى (٢٥ ب) ، تبيين الحقائق (٢٦ب) ؛ القرن التاسع : شرح العينى (٣٦ب) ؛ القرن العاشر : البحر الرائق (٤٢ب) ، الفوائد الرائق (٤٣ب) ؛ القرن الحادى عشر : أوضح رمز (٥٠ ب) ، النهر الفائق (٥١ ب) ، كشف الرمز (٥٢ب) ؛ القرن الثانى عشر : منهج السالكين (٦٣ ب) ، فتح الله المعين (٦٤ ب) ؛ القرن الثالث عشر : منحة الخالق (٧٠ ب) .

٦ — *مجموعة الدرر* : (لمنلاخسرو توفى ٨٨٥ ھ) : القرن التاسع : درر الحكام (٣٧ ب) ؛ القرن الحادى عشر : حاشية عزمى زادة (٥٣ ب) ، غنية ذوى الأحكام (٥٤ب) ، نتائج النظر (٥٥ ب) ، كشف رموز غرر الأحكام (٥٦ ب) .

٧ — *مجموعة ملتقى الأبحر* : (للحلبى توفى ٩٥٦ ھ) : القرن العاشر : غنية المتملى (٤٤ب) ، بحر الأنهر (٤٥ ب) ؛ القرن الحادى عشر : مجمع الأنهر (٥٧ ب) ، عبد الرحيم باشا (٥٨ ب) ؛ القرن الثانى عشر : مهتدى الأنهر (٦٥ ب) ، المعادل (٦٦ب) ، حاشية الحلبى (٦٧ ب) ؛ القرن الثالث عشر : حلية الناجى (٧١ب) .

٨ — *مجموعة التنوير* : (للتمرتاشى توفى ١٠٠٤ ھ) : القرن الحادى عشر :

تنوير الأبصار (٥٩ ب) ، منح الغفار (٦٠ ب) ، الدر المختار (٦١ ب) ؛ القرن الثانى عشر : تحفة الأخيار (٦٨ ب)؛ القرن الثالث عشر : حاشية الطحطاوى (٧٢ ب) ، حاشية الرحمتى (٧٣ ب) ، رد المحتار (٧٤ ب) ، طوالع الأنوار (٧٥ ب) ؛ القرن الرابع عشر : التحرير المختار (٧٦ ب) .

(ب) فهرس عرض النصوص الفقهية لشرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع

القرن الرابع : مج ف : النوازل (١ ب) .

القرن الخامس : . .

القرن السادس : مج ف : الفتاوى الصغرى (٢ب) ، الخلاصة (٣ ب) ، مجموع النوازل (٤ ب) ، البدائع (٥ ب) ، الفتاوى العتابية (٦ ب) ، فتاوى الحاوى القدسى (٧ ب) ، مج هـ : مختارات النوازل (٨ ب) ، الهداية (٩ ب) ؛ مج و : الوقاية (١٠ ب) .

القرن السابع : مج ف : المحيط (١١ ب) ، الفتاوى الظهيرية (١٢ ب) ، منية المفتى (١٣ ب) ، الفتاوى التتارخانية (١٤ ب) ؛ مج ق : الزاهدى (١٥ ب).

القرن الثامن : مج ف : الفتاوى الولوالجية (١٦ب) ؛ مج ق : السراج الوهاج (١٧ ب) ، الجوهرة النيرة (١٨ ب) ؛ مج هـ : معراج الدراية (١٩ ب) ، غاية البيان (٢٠ ب) ، العناية (٢١ ب) ، الكفاية (٢٢ ب) ؛ مج و : شرح المواضع المغلقة (٢٣ ب) ؛ مج ك : الكنز (٢٤ ب) ، الكافى (٢٥ ب) ، تبيين الحقائق (٢٦ ب) .

القرن التاسع : مج ف : الفتاوى البزازية (٢٧ب) ، جامع الفتاوى (٢٨ب)؛ مج هـ : البناية (٢٩ ب) ، فتح القدير (٣٠ب) ، زبدة الدراية (٣١ب) ؛ مج و : توفيق العناية (٣٢ب) ، كمال الدراية (٣٣ ب) ، ابن ملك (٣٤ ب) ، يعقوب باشا (٣٥ ب) ؛ مج ك : العيني (٣٦ ب) ؛ مج د : غرر الحكام (٣٧ ب) .

القرن العاشر : مج و : البرجندى (٣٨ب) ، إيضاح الإصلاح (٣٩ ب) ، جامع الرموز (٤٠ ب) ، ملا الياس (٤١ ب) ؛ مج ك : البحر الرائق (٤٢ ب) ، الفوائد الرقائق (٤٣ ب) ؛ مج م : غنية المتملى (٤٤ ب) ، بحر الأنهر (٤٥ ب) .

القرن الحادى عشر : مج ف : الفتاوى الهندية (٤٦ ب) ، الفتاوى الخيرية (٤٧ ب) ؛ مج و : فتح باب العناية (٤٨ ب) ، غواص البحرين (٤٩ ب) ؛ مج ك : أوضح رمز (٥٠ ب) ، النهر الفائق (٥١ ب) ، كشف الرمز (٥٢ب) ؛ مج د : عزمى زادة (٥٣ ب) ، غنية ذوى الأحكام (٥٤ ب) ، نتائج النظر (٥٥ب) ، كشف رموز غرر الأحكام (٥٦ ب) ؛ مج م : مجمع الأنهر (٥٧ ب) ، عبد الرحيم باشا (٥٨ ب) ؛ مج ت : تنوير الأبصار (٥٩ ب) ، منح الغفار (٦٠ ب) ، الدر المختار (٦١ ب) .

القرن الثانى عشر : مج و : آلهى زادة (٦٢ ب) ؛ مج ك : منهج السالكين (٦٣ ب) ، فتح الله المعين (٦٤ ب) ؛ مج م : مهتدى الأنهر (٦٥ ب) ، المعادل (٦٦ ب) ، السيد الحلبى (٦٧ ب) ؛ مج ت : تحفة الأخيار (٦٨ ب) .

القرن الثالث عشر : مج د : أبو المكارم (٦٩ ب) ؛ مج ك : منحة الخالق (٧٠ ب) ؛ مج م : حلية الناجى (٧١ ب) ؛ مج ت : الطحطاوى (٧٢ ب) ، الرحمتى (٧٣ ب) ، رد المحتار (٧٤ ب) ، طوالع الأنوار (٧٥ ب) .

القرن الرابع عشر : مج ت : التحرير المختار (٧٦ ب) .

(ح) عرض النصوص الفقهية لشرط السماع
فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع

القرن الرابع

(٤ ف)

١ ب — السمرقندى (٣٧٣ هـ) ، النوازل[١] ، ق ١٠٠ ، ص ٢ ، س ١٢ :

« وسئل أبو نصر[٢] عن رجل قال لرجل : بعني عبدك . فقال : بعت . فقال المشترى :

---

(١) النوازل هو أول كتاب جمع فيه مؤلفه الواقعات والفتاوى التى لم يوجد فيها رواية عن الأئمة الثلاثة وإنما استنبطها المجتهدون المتأخرون من أصحاب أبى يوسف ومحمد ونحوهم ممن بعدهم وهم كثيرون . « ومن أصحاب أبى يوسف ومحمد رحمهما الله : عصام بن يوسف ٢١٠ ، وابن رستم ٢١١ ، ومحمد بن سماعـــه ٢٣٣ ، وأبى سليمان الجوزجانى ٢٠٠ ، وأبى حفص البخارى ٢٦٤ . — ومن بعدهم : مثل محمد بن مقاتل ونصير بن يحيى أبو بكر ٢٤٨ ، ومحمد بن سلمة ٢٧٨ ، وأبى النصر القاسم بن سلام ٣٠٥ ، وأبى القاسم الصفار ٣٢٦ ، وأبى جعفر الهندوانى ٣٦٢ » .

وقد ذكر فيه اختياراته أيضاً وهو أصل فى الواقعات غير الأصول . (راجع كتاب أبى حنيفة لأستاذنا الشيخ محمد أبى زهرة ص ٢٢٢ ؛ ورسالة رسم المفتى لابن عابدين ص ١٧) وجاء فى رسالة الدكتور شحاته ص ٦٨ : « وإذا كان الفقهاء فى زمن السمرقندى حوالى ٣٧٥ قد وضعوا حلولا لبعض المسائل التى استحدثت ، والتى أسموها النوازل ، فلم يكن عملهم هذا إلا بمثابة الملحق من الكتاب . »

ولقد كان كتاب النوازل هو نهاية مطافنا فى كتب الفقه الحنفى إبان استقصائنا لشرط السماع وسنعتبر هذا الكتاب الذى يرجع تاريخه إلى ما ينيف عن ألف سنة هجرية نقطة انطلاق لبحثنا عن التطورات التى طرأت على شرط السماع عبر هـــذه القرون العشرة .

(٢) هو محمد بن سلام أبو نصر البلخى (توفى ٣٠٥ هـ) ، وهو صاحب الطبقة

(٣٩ — التعبير عن الإرادة)

اشتريت . ولم يسمع البائع قول المشترى . قال : للبائع أن ينقض البيع مالم يكن جواباً يسمع[٣] » .

القرن الخامس

* * *

القرن السادس

(مج ف)

٣ ب — الصدر الشهيد (٥٣٦ ه)، الفتاوى الصغرى ، نقلا عن الفتاوى الهندية ، ج ٣ ، ص ٣ ، س ٣ : « (شرائط انعقاد البيع) ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع[٤] فإذا قال المشترى : اشتريت ، ولم يسمع البائع كلام المشترى ، لم ينعقد البيع » .

٣ ب — افتخار الدين (٥٤٢ ه) ، الخلاصة ، ق ٣١ ، س ٢٣ : « والحاصل إن أدنى الجهر أن يسمع غيره ، وأدنى المخافتة أن يسمع نفسه ، وعلى هذا يعتمد ، وما دون ذلك مجمجة . وعلى هذا[٥] التسمية فى الذبيحة والاستثناء فى اليمين والطلاق والنكاح والعتاق والبيع والشراء الكل فى الجامع الصغير » .

العالية حتى أنهم عدوه من أقران أبى حفص الكبير (ر : فب ، ص ١٦٨) ؛ ويعتبر أبو نصر بحق أول مؤسس لنظرية العلم فى التعاقد بين الحاضرين .

(٣) تعرض هذا النص لشريطة إعلام القبول ، وسكت عن شريطة إعلام الإيجاب.

(٤) أفاد هذا النص أمرين جديدين : ١ — عمم شريطة السماع على كل من الإيجاب والقبول . ٢ — أشار إلى إجماع الفقهاء على هذه الشريطة . انظر المراجع الأخرى التى أشارت إلى هذا الإجماع فى الهوامش الآتية : ٧ ، ٣٩ ، ٦٨ ، ٧٠ ، ٩٨ ، ١١٠.

(٥) يلاحظ أن قياس افتخار الدين لدرجة ظهور التعبيرات التصرفية على درجة ظهور القراءة فى الصلاة هو محل نظر ! وسنعمد فيما يلى إلى الإشارة إلى هذا النوع من الأقيسة فى حينها ، وسنرى أن ثمة ما يقارب الـ ٤٠ مرجعاً قد نقلت الخلاف بين

٣ ب / ١ — المرجع السابق ، ق ١٥٣ ، س ١١ : « ولو قال : بعت من فلان الغائب فحضر فلان فى المجلس ، وقال : اشتريت ، يصح » .

٣ ب / ٢ — المرجع السابق ، ق ١٥٣ ، س ٥٦ : « رجل قال لآخر : بعنى عبدك هذا . فقال : بعت . فقال المشترى : اشتريت . ولم يسمع البائع قول المشترى . للبائع أن ينقض هذا ، لأن النقض ههنا امتناع عن الإتمام فى الفتاوى ، وهذا بناء على أن سماع كل واحد من العاقدين كلام الآخر شرط صحة البيع [٦]

الهندوانى والكرخى من إطار القراءة فى الصلاة إلى إطار الصيغ التصرفية . أنظر نقد هذا القياس فيما سيأتى هـ / ٢٠ و هـ / ٢٦ ؛ وانظر هذه المراجع فى الهوامش الآتية : (٢٠ ، ٢٥ ، ٢٦ ، ٢٧ ، ٤٥ ، ٤٦ ، ٥١ ، ٥٥ ، ٦٢ ، ٦٣ ، ٦٧ ، ٧١ ، ٧٦ ، ٧٩ ، ٨١ ، ٨٣ ، ٨٤ ، ٧٦ ، ٨٧ ، ٨٨ ، ٩١ ، ٩٥ ، ١٠٢ ، ١٠٤ ، ١٠٦ ، ١١٣ ، ١١٥ ، ١١٩ ، ١٣٤ ، ١٣٧ ، ١٣٨ ، ١٣٩ ، ١٤١ ، ١٤٣ ، ١٤٤ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، ١٥٤ ، ١٦٣ ، ١٨٢)

(٦) هذا النص يتعارض مع النصين السابقين . ووجه التعارض أنه يشترط لصحة الإيجاب سماع الموجب إليه له ، بينما يغفل النصان السابقان هذه الشريطة ، لاكتفاء الأول (٣ ب) بسماع الموجب للايجاب ؛ ولتصحيح الثانى (٣ ب / ١) للعقد حال قبول الغائب للايجاب الذى صدر فى غيابه ، رغم عدم سماعه له . ولقد تناقلت بعض الكتب الفقهية هذه النصوص المتعارضة ، دون أن تنتبه إلى هذ التعارض ، إلى أن وقف عنده ابن نجيم صاحب البحر ، ولفت النظر إلى ما يكتنفه من إشكال . راجع هذا التعارض فى الكتب الآتية : المحيط (قارن ١١ ب / ١ و ١١ ب / ٢) ، الفتاوى التتارخانية (قارن ١٤ ب / ١ و ١٤ ب / ٢) ، الزاهدى (قارن ١٥ ب و ١٥ ب / ١) ، الفتاوى البزازية (قارن ٢٧ ب و ٢٧ ب / ٢) . وانظر مواجهة صاحب البحر (٤٢ ب / ٣) لهـذا التعارض الوارد فى الفتاوى البزازية ؛ وراجع ماسبق ، ف ٩٥ ، ص ٨٤ .

بالإجماع [٧] وفى النكاح المختار أنه شرط أيضاً ، وفى الخلع كذلك أيضاً [٨] » .

٤ ب — الكشى (٥٥٠ هـ) ، مجموع النوازل ، نقلا عن الخلاصة ، ق ١٥٣ س ٦٠ : « لو سمع أهل المجلس ، وهو يقول ماسمعت ، وليس فى أذنه وقر ، لا يصدق فى القضاء [٩] » .

٥ ب — الكاسانى (٥٧٨ هـ) ، بدائع الصنائع جـ ١ ، ص ١٦١ ، س ٣٢ : « ثم المنفرد إذا خافت ، وأسمع أذنيه ، يجوز بلا خلاف لوجود القراءة بيقين ، إذ السماع بدون القراءة لا يتصور ، وأما إذا صحح الحروف بلسانه ، وأداها على وجهها ، ولم يسمع أذنيه ، ولكن وقع له العلم بتحريك اللسان ، وخروج الحروف من مخارجها ، فهل تجوز صلاته ؟ اختلف فيه — ذكر الكرخى [١٠] أنه يجوز . وهو قول أبى بكر البلخى المعروف بالأعمش [١١] .

وعن الشيخ أبى القاسم الصفار [١٢] ، والفقيه أبى جعفر الهندوانى [١٣] والشيخ

---

(٧) النص الثانى الذى يشير إلى الإجماع ؛ ر : هـ / ٤ .

(٨) أفاد هذا النص أمراً جديداً هو تعميم شريطة السماع على النكاح والخلع فى المختار من الأنظار الفقهية قارن (٥١ ب) حيث يفيد كلام صاحب النهر الفائق أنه أول من عمم شريطة السماع على النكاح وراجع الكتب الآتية التى نقلت كلام صاحب النهر دون أن تلتفت إلى أسبقية الخلاصة إلى هذا التوسيع ، وهى : فتح الله المعين (ر : ٦٤ ب) ، رد المحتار (ر : ٧٤ ب) ، طوالع الأنوار (ر : ٧٥ ب) .

(٩) أفاد هذا النص أمراً جديداً هو وضع ضابط موضوعى للسماع .

(١٠) هو عبد الله بن الحسين أبو الحسن الكرخى ولد عام ٢٦٠ هـ ، وتوفى عام ٣٤٠ هـ ويعتبر من المجتهدين فى المسائل (ر : فب ، ص ١٠٨) .

(١١) محمد بن سعيد أبو بكر الأعمش توفى ٣٤٠ هـ (ر : فب ، ص ١٦٠) .

(١٢) أحمد بن عصمة أبو القاسم الصفار توفى ٣٣٦ (ر : فب ، ص ٢٦) .

(١٣) محمد بن عبد الله بن محمد بن عمر أبو جعفر الفقيه الهندوانى من أهل بلخ ، توفى ٣٦٢ هـ (ر : فب ، ص ١٧٩) .

الإمام أبي بكر محمد بن الفضل البخاري[١٤] أنه لا يجوز مالم يسمع نفسه.

وعن بشر بن غياث المريس[١٥] أنه قال : إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه ، سمع ، كفى ، وإلا فلا .

ومنهم من ذكر في المسألة خلافاً بين أبي يوسف[١٦] ومحمد[١٧] ، فقال : على قول أبي يوسف يجوز ، وعلى قول محمد لا يجوز .

وجه قول الكرخي : أن القراءة فعل اللسان وذلك بتحصيل الحروف ، ونظمها على وجه مخصوص ، وقد وجد . فأما إسماعه نفسه ، فلا عبرة به ، لأن السماع فعل الأذنين دون اللسان ؛ ألا ترى أن القراءة نجدها تتحقق من الأصم ، وإن كان لا يسمع نفسه .

وجه قول الفريق الثاني : أن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى المتعارف ، وقدر ما لا يسمعه هو لو كان سميعاً ، لم يعرف قراءة .

وجه قول بشر : أن الكلام في العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما في ضمير المتكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع .

وما قاله الكرخي أقيس وأصح[١٨] وذكر في كتاب الصلاة[١٩] إشارة إليه .

---

(١٤) محمد بن الفضل أبو بكر الفضلي الكمازي البخاري ، توفي ٣٨١ هـ (ر : فب ، ص ١٨٤) .

(١٥) بشر بن غياث المريسي المعتزلي الفقيه المتكلم ، توفي ٢١٩ هـ .

(١٦) يعقوب بن إبراهيم بن حبيب أبو يوسف توفي عام ١٨٣ هـ (ر : فب ، ص ٢٢٥) .

(١٧) محمد بن الحسن الشيباني ، توفي عام ١٨٩ هـ .

(١٨) ترجيح الكاساني لرأي الكرخي يتعارض مع ترجيحه لرأي الهندواني في النص اللاحق (ر : ٥ ب / ١) .

(١٩) المقصود هنا هو كتاب الصلاة في « الأصل » المبسوط لمحمد (ر : ١١ ب) هذا وقد تعددت التفسيرات التي أعطاها شراح الهداية للفظ « الكتاب » الوارد

فإنه قال — إن شاء قرأ ، وإن شاء جهر وأسمع نفسه — ولو لم يحمل قوله — قرأ في نفسه — على إقامة الحروف لأدى إلى التكرار والإعادة الخالية عن الإفادة . ولا عبرة بالعرف في الباب ، لأن هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس. وعلى هذا الخلاف كل حكم تعلق بالنطق [٢٠] من البيع والنكاح والطلاق والعتاق والإيلاء والبمين والاستثناء وغيرها ، والله أعلم » .

٥ ب/١ — المرجع السابق ، ج ٣، ص ١٥٤ ، س ٣٢ : « واما كون الاستثناء مسموعاً فهل هو شرط ؟ — ذكر الكرخي أنه ليس بشرط حتى لو حرك لسانه .

في متنها فذهب الكاكى إلى أن المقصود به «الجامع» (ر : ١٩ ب)؛ وذهب الإتقانى إلى أن المقصود به « مختصر القدورى » ؛ (ر : ٢٠ ب) ؛ وأشار البارتى إلى هذا الرأى الأخير وإلى الرأى القائل بأن المقصود به الأصل لـ « محمد » (ر : ٢١ ب) ؛ وأشار صاحب النهر الفائق إلى « الأصل » .

(٢٠) إن قياس درجة ظهور التعبيرات التصرفية على درجة ظهور القراءة في الصلاة هو محل نظر ! ونحن نرى أن انتقال خلاف الفقيهين الكرخي وأبي جعفر من الإطار الثانى إلى الإطار الأول إذا استسيغ في بعض التصرفات الأحادية كاليمين والإيلاء والاستثناء والطلاق فهو غير مقبول البتة في التعبيرات التعاقدية ، وعليه فنحن نستبعد أن يقر الكرخي قيام الإيجاب بمجرد تصحيح الحروف قياساً على قيام القراءة في الصلاة بمجرد تصحيحها رغم أن كافة كتب المذهب — كما انتهى إليه استقراؤنا — تكاد تجمع على أن هذا الخلاف انتقل من مجال القراءة إلى مجال التعبير ومما يؤيد رأينا في أن هذا القياس هو قياس مع الفارق نص الكاسانى نفسه الذى نقف عنده هنا ، فهو بينا يرجح رأى الكرخي في القراءة في الصلاة ، يجنح إلى رأى الهندوانى في النص اللاحق (٥ ب / ١) ، عند بحث درجة ظهور الاستثناء ، رغم أنه أشار إلى أن الاستثناء هو على الخلاف في النص الأول . وفيما عدا ذلك فإن دفاع الكاسانى عن رأى الكرخي في القراءة ـ الذى ردفيه على حجة الهنداوانى المستندة إلى العرف قائلاً « إن هذا أمر بينه وبين ربه فلا يعتبر فيه عرف الناس (ر : ٥ ب) . » ـ يشعر بوضوح أن لا مجال لتطبيق معايير العبادات في نطاق المعاملات .

وأتى بحروف الاستثناء يصح ، وإن لم يكن مسموعاً ، وذكر الفقيه أبو جعفر الهندوانى أنه شرط ، ولا يصح الاستثناء بدونه .

وجه ماذكره الكرخى أن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً . فإن الأصم يصح استثناؤه ، وإن كان لا يسمع . والصحيح ما ذكره الفقيه أبو جعفر [٢١] ، لأن الحروف المنظومة ، وإن كانت كلاماً عند الكرخى ، وعندنا هى دلالة على الكلام ، وعبارة عنه ، لا نفس الكلام فى الغائب والشاهد جميعاً ، فلم توجد الحروف المنظومة ههنا ، لأن الحروف لا تتحقق بدون الصوت ، فالحروف المنظومة لاتتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص ،

(٢١) إن الكاسانى هنا ، فى بحث الاستثناء فى الجزء الثالث من البدائع ، يصحح رأى الهندوانى ، بينا ألفيناه فى النص السابق (ر : ٥ ب) — المنقول من باب الصلاة فى الجزء الأول من البدائع — يصحح رأى الكرخى . وهذان النصان فى رأينا متعارضان . ولقد كان من الممكن التوفيق بينهما والقول بأن الكاسانى ينحاز إلى رأى الكرخى فى نطاق العبادات وينحاز إلى رأى الهندوانى فى نطاق المعاملات ، لولا أنه كما أسلفنا قد أشار إلى أن الخلاف بين الكرخى والهندوانى فى باب القراءة ينساب إلى صيغ العقود فى المعاملات .

وفيما عدا ذلك فإن توجيه الكاسانى لرأى الهندوانى لا يستشم منه التمييز بين العبادات والمعاملات فهو يدافع عن رأى الهندوانى هنا بنفس الحماس الذى يدافع به عن رأى الكرخى هناك .

ويلاحظ أن كثيراً من الشراح والفقهاء قد نقلوا إبان كلامهم فى رأى الكرخى ترجيح الكاسانى لهذا الرأى دون أن يلاحظوا هذا التعارض بين رأييه فقد جاء فى أوضح رمز على نظم الكنز قوله :« وصححه فى البدائع والجمهور على الأول(ر : ٥٠ ب). » ؛ وجاء فى حاشية عبد الحليم : « وفى البدائع هو أقيس (ر : ٥٦ ب) . » ؛ وجاء فى الفتاوى الخيرية : « وفى البدائع : ما قاله الكرخى أقيس وأصح (ر : ٤٧ ب).» وجاء فى طوالع الأنوار : «وفى البدائع: ما قاله الكرخى أقيس وأصح(ر: ٧٥ب) .» وجاء فى النهر الفائق : « قال فى البدائع وهذا أصح وأقيس (ر:٥١ ب) . »

فإذا لم يوجد الصوت ، لم توجد الحروف ، فلم يوجد الكلام عنده ، ولادلالة الكلام عندنا ، فلم يكن استثناء ، والله الموفق» .

٦ ب — العتابى (٥٨٦ هـ) ، فتاوى ، ق ٦٢ ، ص ٢ ، س ٢٠ : « ومن أبى نصر قال : بع عبدك منى بكذا . فقال . بعت ، وقال المشترى : اشتريت . ولم يسمع البائع قول المشترى . له أن ينقض . ما لم يكن جوابا مسموعاً . ولو سمع أهل المجلس ، ولو قال البائع لم أسمع ، ولم يكن به صمم ، ولا وقر ، لم يصدق [٢٢] » .

٧ ب — الحاوى القدسى [٢٣] (٦٠٠ هـ) ، فتاوى ، ق١٦١ ، س ٧ . «وسمع كل واحد منهما قول الآخر ، وفهم [٢٤] ، انعقد البيع » .

مجموعة الهداية

٨ ب — المرغينانى (٥٩٣ هـ) ، مختارات النوازل ، جـ ١ ، ق ٣٣ ، س ٢ ، س ١٣ . « والمخافتة أن يسمع نفسه ، وقال الكرخى: المخافتة تصحيح الحروف ، لأن

---

(٢٢) يلحظ أن نص العتابى قد جمع بين النص الوارد فى النوازل لأبى نصر (ر : ١ ب) والضابط الموضوعى الذى أشار إليه الكشى (ر : ٤ب)وهو بالإضافة إلى ذلك قد صحح النص الوارد فى النوازل عندما أضاف إلى صيغة الإيجاب الثمن بقوله « بكذا » قارن صيغة الإيجاب فى النوازل التى جاءت خالية من ذكر الثمن .

(٢٣) جاء فى الفوائد البهية ، ص ٢٤٦ : « الحاوى لأصحابنا اثنان : الحاوى القدسى ، وأظنه لرجل متأخر كان يسمى قاضى القدس . . . والحاوى الحصيرى » وجاء فى ص ٢٤٧ : « وذكر ابن الشحنة أن الحاوى القدسى للقاضى جمال الدين أحمد ابن نوح القابسى الغزنوى الحنفى المتوفى فى حدود سنة ستمائة وإنما قيل له القدسى لأنه صنفه فى القدس . . . وذكر ابن أمير الحاج فى شرح منية المصلى أن مؤلف الحاوى القدسى فرغانى » .

(٢٤) القدسى أول من أشار إلى شريطة الفهم ، ونقله عنه صاحب البحر الرائق (ر : ٤٢ ب / ١) ، سنرى أن شريطة الفهم فى الإيجاب والقبول فى عقد النكاح مسألة خلافية ، ر : هـ / ٢٤ / .

القراءة فعل اللسان دون الصماخ ، وعلى هذا [٢٥] الطلاق والعتاق والاستثناء » .

٩ ب — الفقيه السابق ، الهداية ، نقلاً عن الفتح ، جـ١ ، ص٢٣٣ ، س ١ : « ثم المخافتة أن يسمع نفسه ، والجهر أن يسمع غيره ، وهذا عند الفقيه أبى جعفر الهندوانى رحمه الله ، لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت . وقال الكرخى أدنى الجهرأن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف ، لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ، وفى لفظ الكتاب إشارة إلى هذا ، وعلى هذا الأصل كل مايتعلق بالنطق [٢٦] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغير ذلك » .

مجموعة الوقاية

١٠ ب — صدر الشريعة (٦٠٠ ؟) ، الوقاية نقلاً عن شرح المواضع المغلقة ، ق ٢٦ ، س ٣١ : « وكذا [٢٧] فى كل مانعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها » .

---

(٢٥) ر : هـ / ٥ .

(٢٦) يلحظ أن المرغينانى فى مختارات النوازل (ر : ٨ ب) لم يقس كل التعبيرات على القراءة فى الصلاة بل ذكر بعضها على سبيل الحصر وهى الطـــلاق والعتاق والاستثناء . أما فى الهداية فيبدو أنه قد مال إلى قياس كافة التعبيرات على القراءة ، وذكر بعضها على سبيل التمثيل ، ويستفاد ذلك من قوله« وغير ذلك ». ونحن نرىأن النص الثانى لا يسلم من النقد ، كما سبق أن أشرنا (ر : هـ / ٢٠) ، لأن مؤداه أن كل التعبيرات ملقاة وهو يتعارض مع وجود تعبيرات متلقاة مجمع عليها فى الفقه الحنفى كما سبق أن مر معنا عند دراستنا لإعلام الإرادة (راجع ماسبق، ف١٥٨، ص١٤٧)

(٢٧) ر : هـ / ٥ .

القرن السابع

(ع ف)

١١ ب — برهان الدين [٢٨] (٦١٦ هـ) ، المحيط البرهاني ، جـ١ ، ص ٣٦٢ ، س ١٩ : « أما بيان حدها [القراءة] فنقول : تصحيح الحروف أمر لابد منه ، ولا تعتبر قراءة إلا بعد تصحيح الحروف ، وإذا صحح الحروف بلسانه ، ولم يسمع نفسه ، حكى عن الكرخى أنه يجزئه ، وبه كان يفتى الفقيه أبو بكر الأعمش رحمه الله ، لأن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف ، وإقامتها لا بالسماع ، فإن السماع فعل السامع ، وإلى هذا أشار محمد رحمه الله فى الأصل [٢٩] حيث قال : « وإن كان يصلى وحده ، وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة ، قرأ فى نفسه إن شاء ، وإن شاء جهر وأسمع نفسه » . ولو كان إسماع نفسه داخلاً فى القراءة ، لكان إسماع نفسه مستفاداً من قوله ، قرأ فى نفسه ؛ فيكون قوله وأسمع نفسه ، تكراراً .

وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى ، والشيخ الإمام الجليل أبى بكر محمد ابن الفضل رحمهما الله ، أن تصحيح الحروف لا يجزئه مالم يسمع نفسه ، وبه أخذ عامة

---

(٢٨) هو محمود بن أحمد بن عبدالعزيز بن عمر بن مازة ، توفى سنة ٦١٦ (ر : كشف الظنون ، جـ ٢ ، ص ١٦١٩) « وعده ابن الكمال باشا من المجتهدين فى المسائل (ر : فب ، ص ٢٠٥) . » و « قال ابن أمير الحاج إن المحيط إذا أطلق يراد به المحيط البرهانى (ر : فب ، ص ٢٤٦) : » وقال أيضاً : « هذا المحيط لا يوجد بديارنا والموجود بأيدى الناس هو المحيط الرضوى (ر : فب ، ص ١٨٩) . » ويلاحظ أن نص الذخيرة البرهانية — وهو ملخص المحيط البرهانى — مماثل لنص المحيط الذى اثبتناه فى المتن الأمر الذى دعانا إلى الجزم بأن المحيط الذى عثرنا عليه فى مكتبة الأزهر هو المحيط البرهانى (ر : الذخيرة البرهانية ، جـ ١ ، ص ١١٦ — ص ١١٧ ، س ١٠ مخطوط فى مكتبة الأزهر) .

(٢٩) ر : هـ / ١٩ .

المشايخ [٣٠] لأن حد الكلام ماهو مسموع مفهوم ، ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاما ، مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمفهوم ، وألا ترى أن الكتاب لا يسمى كلاما مع أنه مفهوم ، لأنه ليس بمسموع ، ولكن شرطنا إسماع نفسه ، لأن الشرط وجود القراءة فى نفسه.

---

(٣٠) نورد هنا ملحوظتين : الأولى تتعلق بموقف المشايخ من رأى الهندوانى ، الثانية ، تتعلق بموقف صاحب المحيط نفسه منه . أما فيما يتعلق بالأمر الأول : يلاحظ أن بعض الكتاب التى جاءت بعد المحيط قد أشارت إلى أن أكثر المشايخ على هذا الرأى لا عامتهم ؛ جاء فى البحر : « إن عليه أكثر المشايخ (ر : ٤٢ ب) . » وجاء فى الفتاوى الرملية : « ما قاله الهندوانى أصح وأرجح لاعتماد أكثر علمائنا عليه (ر : ٤٧ ب) . » وجاء فى الفتاوى الهندية : « وبه أفتى عامة المشايخ كذا فى الزاهدى (ر : ٤٦ ب) . » وفى النهر الفائق : « وعليه أكثر المشايخ ، وهو الأصح (ر : ٥١ ب) . » وجاء فى حاشية عبد الحليم : « وهذا القول هو مختار الجمهور وعليه التعويل (ر : ٥٦ ب) . » ونحن نعتقد أن كلمة « عامة » الواردة فى نص المحيط لاتتفق وانحياز بعض المشايخ إلى رأى آخر منافس هو رأى الكرخى . أما فيما يتعلق بالأمر الثانى فقد ذهب لفيف من الفقهاء والشراح إبان مفاضلتهم بين رأى الكرخى ورأى الهندوانى إلى أن صاحب المحيط قد انحاز إلى رأى الهندوانى ، جاء فى معراج الدراية « واختار شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط والحلوانى قول الهندوانى (ر : ١٩ ب) . » وإذا رجعنا إلى نص المحيط لا نجد اختياراً صريحاً لرأى الهندوانى ، بل نجد عرضاً للآراء جميعاً ، ولعل إشارة صاحب المحيط إلى أن عامة المشايخ على رأى الهندوانى تفيد ضمناً انحيازه له . على أن بعض الكتب قد أشارت إلى أن صاحب المحيط قد صرح بترجيح رأى الهندوانى على رأى الكرخى ، جاء فى الفتح : « وفى المحيط قول الهندوانى أصح (ر : ٣٠ ب) . » وفى الكفاية . « وقال صاحب المحيط : الأصح قول الهندوانى (ر : ٢٢ ب) . » وقال أبو المكارم : « وفى المحيط هو الأصح (ر : ٦٩ ب) . » وتذهب بعض الكتب إلى أبعد من ذلك فتدعى أن صاحب المحيط قد صرح بأن قول الهندوانى مرجح على رأى القاضى علاء الدين الذى يشترط سماع المشترى لإيجاب البائع كما سنرى (ر : ه / ٤٠) .

قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى [٣١] والأصح أنه لا يجزئه ، مالم يسمع نفسه ويسمع من بقربه .

قال بعض مشايخنا رحمهم الله : إن كل حكم يتعلق بالذكر [٣٢] نحو التسمية على الذبيحة ، والاستثناء فى اليمين ، والطلاق ، والعتاق ، والإيلاء ، والبيع ، فهو على هذا الاختلاف .

وذكر القاضى الإمام علاء الدين فى شرح مختلفاته [٣٣] أن الصحيح عندى [٣٤]

---

(٣١) هو عبد العزيز بن أحمد بن نصر بن صالح شمس الأئمة الحلوانى البخارى توفى ٤٤٨ هـ عده ابن كمال باشا من المجتهدين فى المسائل التى لا رواية فيها عن صاحب المذهب (ر : فب ، ص ٩٥) .

(٣٢) يلحظ أنه عزى إلى بعض المشايخ فقط تعميم الخلاف على سائر التعبيرات

(٣٣) لا ندرى إذا كان القاضى علاء الدين الذى أشار إليه صاحب المحيط هو نفسه علاء الدين السمرقندى صاحب تحفة الفقهاء أم لا ونحن أميل إلى الشك فى ذلك ، ذلك لأن الكاسانى لم يشر فى بدائعه إلى رأى علاء الدين ، ولو كان هو نفسه صاحب الرأى المشار إليه فى المتن لتعين على الكاسانى الإشارة إليه مادام البدائع يعتبر شرحاً لتحفة الفقهاء .

ولقد رجعنا إلى كشف الظنون (جـ ٢ ، ص ٤٠٧ ، س ١) فوجدناه يشير إلى أن كتاب مختلف الرواية هو للإمام علاء الدين محمد بن عبد الحميد المعروف بالعلائى السمرقندى المتوفى عام ٥٥٣ هـ ورجعنا إلى البدائع (جـ ١ ، ص ٢) فوجدناه يشير إلى أن صاحب التحفة هو « محمد بن أحمد بن أبى أحمد » فعرفنا من ذلك أن صاحب التحفة هو ابن أحمد بينما صاحب مختلف الرواية هو ابن محمد لذلك جنحنا إلى ترجيح عزو الرأى الذى ذكره صاحب المحيط إلى علاء الدين بن محمد المذكور (قارن : تحفة الفقهاء تحقيق الدكتور محمد زكى عبد البر مطبعة جامعة دمشق ، ص ١٣) .

(٣٤) تفيد جملة « أن الصحيح عندى » الواردة فى هذا النص أن القاضى علاء الدين هو مبتدع لشريطة سماع كل من العاقدين قارن هذا النص مع النص (١ ب) مع العرض بأن وفاة أبى نصر عام ٣٠٥ هـ ووفاة علاء الدين عام ٥٥٣ هـ .

أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعضها يشترط سماع غيره . مثلا فى البيع إن أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع [٣٥] فسمع ، يكفى ، ولو سمع البائع بنفسه ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى [٣٦] .

ومنها إذا حلف لا يكلم فلاناً ، فناداه من بعيد ، بحيث لا يسمع ، لا يحنث فى يمينه ، نص على هذا فى كتاب الإيمـان . لأن شرط الحنث وجود الكلام منه ، ولم يوجد [٣٧] .

---

(٣٥) يلاحظ أن النص تعرض لتعبير البائع واشترط أن يكون مسموعا، ولم يشر إلى أن البائع هو الموجب أم القابل بخلاف نص النوازل المشار إليه سابقاً الذى اشترط ضرورة السماع فى القبول . ونرى أن القاضى علاء الدين يشترط السماع فى كل من الايجاب والقبول . ذلك لأن النص ورد مطلقاً، والمطلق يجرى على إطلاقه ، ونشير هنا إلى أن الطحطاوى قد فهم من نص علاء الدين أنه يتناول القبول ، جاء فى حاشية الطحطاوى (قوله : وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى) . . . وحرر فى الشرنبلالية عن الكافى والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه. ويترتب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت فى البيع ، وأسمع نفسه فقط انعقد ، ولا يجوز للبائع التصرف إذا علم بعد ذلك (ر : ٧٢ ب) . »

(٣٦) إذا قابلنا بين نص القاضى علاء الدين مع نص بشر بن غياث المريسى الذى سبقت الإشارة إليه (ر : ٥ ب) نجد شبهاً ظاهراً . فبينما يقول الأول « مثلا فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع وسمع يكفى » يقول الثانى « إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه سمع كفى وإلا فلا . » ولعل الفارق بينهما يرجع إلى أن النص الأول يشترط وصول التعبير إلى شخص معين هو المشترى ، بينما لا يشترط النص الثانى هذه الشريطة . . ولقد سبق أن رأينا أن وجود المخاطَب المنشىء للتعبير المتلقى هو العنصر المميز لهذا النوع من التعبيرات عن غيرها (راجع ما سبق ، ف ١٠١ ، ص ٩١) .

(٣٧) يلاحظ أن الكتب التى أتت بعد المحيط تحدثت جميعها عن نظرية علاء الدين ، وأغفلت كل الإغفال اسم أبى نصر البلخى ولعل هذا يدل بوضوح على شهرة

١١ ب /١ — المرجع السابق ، جـ ٩ ، ص ٨٩ ، س ٣ : « ولو قال لغيره : بعت منك هذا العبد بكذا[٣٨] فقال المشترى : اشتريت ، ولم يسمع كلام المشترى ، لا ينعقد البيع بينهما . فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط انعقاد البيع بالإجماع[٣٩]

= المحيط وانتشاره بعد القرن السادس الهجرى ونحن إذا استعرضنا الكتب التى تناولت هذا الشرط تقوية أو تضعيفاً نراها تشير إلى نفس النص الذى أشار إليه المحيط والذى تضمن نظرية القاضى علاء الدين . أما الكتب التى قوت هذا النص فهى :

(ا) التتارخانية : « وذكر القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته : والصحيح عندى . . . (ر : ١٤ ب) »

(ب) جامع الرموز : « وفى المحيط قال القاضى علاء الدين الصحيح عندى، . . (ر : ٤٠ ب) »

(جـ) البحر الرائق : « وفى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته أن الأصح عندى . . . (ر : ٤٢ ب) »

(د) منح الغفار شرح تنوير الأبصار : « وفى البحر حاكياً عن الذخيرة أنه قال معزياً إلى القاضى علاء الدين أن الأصح عندى (ر : ٦٠ ب) »

(هـ) رد المحتار : « قال فى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته أن الأصح عندى . . (ر : ٧٤ ب) »

أما الكتب التى ضعفت هذا النص فقد نقلته مبدوءاً بلفظ « قيل » دلالة على ضعفه راجع هذه الكتب المضعفة فى الهوامش الآتية : (٥٢ ، ٦٠ ، ٦٥ ، ٦٨ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ٨٩ ، ٩٦ ، ١٠٣ ، ١٢٤ ، ١٣٣ ، ١٤٢ ، ١٥٠ ، ١٥٧ ، ١٦٤ . ١٧١ ، ١٩٣ ، ١٩٥) و ر : هـ / ٢٨ .

(٣٨) يلحظ أن هذا النص مماثل لنص العتابى (ر : ٦ ب) ويمتاز عليه فى أنه ذكر الثمن فى صلب الإيجاب بينما ذكر العتابى الثمن فى الدعوة إلى التعاقد . وهذان النصان يمتازان على نص السمرقندى الذى جاء خالياً من ذكر الثمن (ر : ١ ب)

(٣٩) المحيط ثالث المشيرين إلى الإجماع ؛ ر : هـ / ٤ .

فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى ، والبائع يقول لا أسمع ، ولا وقر في أذنه ، لا يصدق البائع ، لأن الظاهر يكذبه[٤٠] » .

---

(٤٠) هذا النص يدحض بصورة قاطعة ماجاء فى الكافى من أن صاحب المحيط يرى أن « الأصح قول الشيخين (ر : ٢٥ ب) » ذلك لأنه يشترط سماع الإيجاب والقبول بينا لا يستلزم مؤدى قول الشيخين هذا السماع . وتبدو خطورة دعوى الكافى إذا عرفنا أن عدداً من الكتب الفقهية التى جاءت بعده قد تناقلتها دون تمحيص إبان موازنتها بين رأى الهندوانى ورأى القاضى علاء الدين ، فقد نقل البرجندى عن الكافى قوله : « قال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين (ر : ٣٨ ب) » .

وجاء فى غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الحكام نقلا عن الكافى . . « وقال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين(ر : ٥٤ ب) »وفى تحفة الاخيار على الدر المختار « وحرر فى الشرنبلالية عن الكافى والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه (ر : ٦٨ ب) » وفى طوالع الأنوار : « وقال فى الشرنبلالية قد ضعفه فى الكافى حيث قال : « قال فى المحيط : الأصح قول الشيخين » يعنى الهندوانى والفضلى (ر : ٧٥ ب) » وفى حاشية الطحطاوى « وحرر فى الشرنبلالية عن الكافى والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه (ر : ٧٢ ب) » .

وجاء فى منحة الخالق لابن عابدين : « حرر فى الشرنبلالية عن الكافى والمحيط أنه ضعيف وأن الصحيح قول الشيخين أعنى الهندوانى والفضلى (ر : ٧٠ ب) . »

وانظر أيضاً إشارة أبو المكارم (ر : ٦٩ ب) والرحمتى (ر : ٧٣ ب) ، وابن عابدين فى رد المحتار (ر : ٧٤ ب) إلى تضعيف الكافى لشرط السماع .

وتبدو خطورة عدم دقة الكافى فى نقله لرأى المحيط فى أن هذا النقل كان تكأة استند إليها خصوم الشرط لتقرير ضعفه ، وإذا تحرينا آراء ناقلى هذا التضعيف المشار إليه أعلاه عن الكافى نجدهم جميعاً قد اقتدوا بالكافى فى تضعيفهم للشرط لم يشذ منهم سوى ابن عابدين الذى يعتبر نصيراً متطرفاً لهذا الشرط كما سنرى ، والطحطاوى الذى التزم موقف الحياد منه واعتبر الرأيين مصححين . هذا ونحن نجد بالإضافة إلى الفقهاء ==

١١ ب / ٢ — المرجع السابق ، جـ ٩ ، ص ٩١ ، س ٧ : « وإذا قال : بعت من فلان الغائب ، فحضر فلان فى المجلس ، وقال اشتريت ، يصح [٤١] » .

١٢ ب — ظهير الدين (٦١٩ هـ) ، الظهيرية ، جـ ٢ ، ق ٨٨ ، س ٢٩ : « رجل قال لآخر . بعت منك هذا العبد بكذا . وقال المشترى : اشتريت ،

= المشار إليهم فقهاء آخرين استندوا إلى دعوى الكافى فى تأييدهم للتضعيف ، من هؤلاء الرافعى الذى اعترض على تصحيح ابن عابدين للشرط بقوله : « ولا يترك صريح التصحيح بمجرد ذلك بل اللازم اتباع ماصرحوا بتصحيحه (ر : ٧٦ ب) . » يقصد بذلك تصحيح الشيخين الذى أشار إليه الكافى .

ويقدم لنا هذا المثال دليلا جديداً قاطعاً على الفوائد العلمية الجدية التى تقدمها الطريقة التاريخية التى انتهجنا سبيلها فى دراستنا للنصوص الفقهية . إن هذه الطريقة تضع أيدينا على الينبوع الأصيل ، فى الماضى البعيد ، لما نجده بين أيدينا من نصوص فى كتب المتأخرين ، وهى بهذا تنيرنا بالحقيقة الساطعة ، إذا ماحجب بيننا وبينها ما يشوب النقل من تحريف ، كما فى المثال الذى نعالج ، وآية ذلك أن الفقهاء المسلمين ينقل بعضهم عن بعض ، فإذا ماذكر أحدهم عن مسألة أنها وردت فى كتاب معين نقلا عن آخر ، فليس يعنى ذلك أنه قد تحقق بنفسه من صحة نقلها . هذا وليس يفوتنا أن نذكر أن الأستاذ الدكتور شفيق شحاته كان أول من انتهج الطريقة التاريخية فى رسالته القيمة « النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية » (ف ١٩ رما ب ، ص ٦٦ وما ب) ولقد عمدنا إلى تكميل هذه الطريقة بالمنهج المجموعى الذى سبق أن أشرنا إليه .

(٤١) يلاحظ التعارض بين هذا النص والنص السابق (١١ ب / ١) . وتبدو خطورة التعارض ومدى أهميته فى تحديد الموقف الصحيح الذى كان عليه صاحب المحيط إذا عرفنا أن عديداً من الكتب التى جاءت بعد المحيط قد نقلت النص السابق إبان تعرضها لشريطة السماع فى الإيجاب والقبول كالفتاوى التتارخانية (ر : ١٤٠ ب / ١) والزاهدى (ر : ١٥ ب) والبناية (ر : ٢٩ ب / ١) وكمال الدراية (ر : ٣٣ ب / ١) وجامع الرموز (ر : ٤٠ ب / ١) ومجمع النهرين (ر : ٥٧ ب) .

ولم يسمع البائع قول المشترى ، لا يتم البيع . وإن سمع ذلك أهل المجلس ، والموجب يقول لم أسمع ، ولا وقر فى أذنه ، لا يصدق فى القضاء ، لأن الظاهر يكذبه » .

١٣ ب — السجستانى (٦٣٨ هـ) ، منية المفتى ، ق ٥٦ ، س ١٨ : « لم يسمع البائع قول المشترى ، لم ينعقد ، وإن سمع أهل المجلس ، وقال الموجب ، لم أسمع ، وليس فى أذنه وقر ، لم يصدق قضاء » .

١٤ ب — عالم بن علاء الغزى (؟) التتار خانية ، جـ ١ ، ق ١١٦ ، س ٥٤ : « وذكر القاضى علاء الدين رحمه الله فى شرح مختلفاته والصحيح عندى أن فى بعض التصرفات يكفى سماعه[٤٢] ، وفى بعضها يشترط سماع غيره مثلاً فى البيع » .

١٤ ب /١ — المرجع السابق ، جـ ٤ ، ق ٣٣٥ ، س ١ : « (م) وإذا قال لغيره : بعت منك هذا العبد بكذا . فقال المشترى : اشتريت . ولم يسمع البائع كلام المشترى ، لا ينعقد البيع بينهما ، فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط لانعقاد البيع بالإجماع ، فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى ، والبائع يقول : لم أسمع ، ولا وقر فى أذنه ، لا يصدق البائع » .

١٤ ب /٢ — المرجع السابق ، ق ٣٣٥ ، ص ٢ ، س ٢ : « (م) وإذا قال : بعت من فلان الغائب ، فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح[٤٣] » .

مجموعة القدورى

١٥ ب — الزاهدى (٦٥٨ هـ) ، شرح القدورى جـ ١ ، ق ٢٦١ ، س ٣٦ : « (ط) سماع المتعاقدين للإيجاب والقبول شرط الانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم أسمعه ، وليس به وقر ، لم يصدق » .

١٥ ب / ١ — المرجع السابق ، جـ ١ ، ق ٢٦٢ ، س ٨ : « بعته من فلان الغائب ، فحضر الغائب فى المجلس ، وقال اشتريت ، صح[٤٤] » .

---

(٤٢) أول نص ينقل رأى علاء الدين كما ورد فى المحيط ؛ ر : هـ / ٣٧ .

(٤٣) يلاحظ أن هذا النص يتعارض مع النص السابق ويبدو أن هذين النصين المتعارضين قد نقلا عن المحيط كما يفيد حرف (م) المبدوأين به . ر : هـ /١ ٤ ، هـ / ٦ .

(٤٤) الزاهدى ثانى من ينقل عن المحيط شرط السماع ويستفاد ذلك من حرف

القرن الثامن

(مج ف)

١٦ ب — أبو المكارم (٧١٠ هـ)، الفتاوى الولوالجية، ج ٢، ق ٢، س ٤٤:

« رجل قال لآخر: بعت منك هذا الشيء بكذا، وقال الآخر: اشتريت، فلم يسمع البائع قوله، لا ينعقد البيع وإن سمع أهل المجلس والبائع يقول لم أسمع، وليس في أذنه وقر، لا يصدق في القضاء، لأن الظاهر يكذبه »

(مج ق)

١٧ ب — الحدادى (٨٠٠ هـ)، السراج الوهاج، ق ٣٢٦، س ٢٢:

« وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق[٤٥] كالطلاق والعتاق والاستثناء ».

١٨ ب — الفقيه السابق، الجوهرة النيرة، ج ١، ص ٦٦، س ١٨:

« وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق[٤٦] . »

(مج هـ)

١٩ ب — الكاكى (٧٤٩ هـ)، معراج الدراية، ج ١، ق ٦٩، س ٤٧:

« شرط الهندوانى خروج صوت يصل إلى أذنه، وبه قال الشافعي رضى الله عنه، وشرط بشر الريسى وأحمد خروج الصوت من الفم وإن لم يصل إلى أذنه .. ولم يشترط الكرخى وأبو بكر البلخى المعروف عنه بالأعمش السماع، واكتفيا بتصحيح الحروف، وبه قال مالك .. واختار شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط[٤٧]

(ط) الذى بدء به النص الاول (١٥ ب) ويلحظ أن النص الثانى (١٥ب/١) يتعارض مع النص الاول . وقد سبق أن وجدنا هذا التعارض فى نص التتارخانية (راجع الهامش السابق).

(٤٥) ر: هـ/٥.

(٤٦) ر: هـ/٥.

(٤٧) ر: هـ/٣٠.

والحلوانى[48] قول الهندوانى ـ وفى لفظ الكتاب ـ أى الجامع[49] ـ إشارة إلى هذا ـ أى إلى قول الكرخى حيث قال فيه ـ وإن كان وحده ، وكانت صلاة يجهر فيها ، قرأ فى نفسه وإن شاء جهر وأسمع نفسه ـ فلما فسر الجهر بكونه مسموعاً لنفسه ، لابدأن يكون المخافتة مالم يكن مسموعاً إذ لو كان إسماع نفسه داخلا فى القراءة لكان مستفاداً من قوله قرأ فى نفسه ، فعلم أن المراد من قوله قرأ فى نفسه تصحيح الحروف ، يؤيده قول ابن مسعود : من أسمع أذنيه لم يخافت .

احتج من قال لا يجوز ما لم يسمع نفسه ، بأن القراءة كلام ، وهو عبارة عما يظهر المرء فى ضميره ، ولهذا قيل اللسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع وحروف مفهومة ، لأن الكلام لا يوجد مع إقامة الحروف كالكتابة فإنها لا تسمى كلاماً وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما فى الضمير . وأما قوله : إن الكلام قول اللسان ، قلنا نعم ، لكن مع الصوت ، وإقامة الحروف . وأما قوله فى الكتاب إشارة إلى ما ادعاه قلنا ليس كذلك ، بل فيه دليل على ما قلنا ، لأنه أراد بقوله : وقرأ فى نفسه ، أن يسمع نفسه لا غير ؛ وبقوله : وإن شاء جهر وأسمع نفسه ، وغيره ، فصار كأنه قال المنفرد فيما يجهر بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غيروإن شاء أسمع غيره وأسمع نفسه ، لأن الجهر عبارة عن إسماع الغير ، كذا فى مبسوط شيخ الإسلام والمحيط[50] ـ إلى هذا ـ أى إلى أن القراءة فعل اللسان دون الصماخ وهو ثقب الأذن ـ وغير ذلك ـ كالتطليق وحكم التسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وجواز الصلاة كذافى جامع قاضيخان قال شيخ الإسلام وكذا الايلاء ؛ والبيع على الخلاف[51] وقيل[52] الصحيح فى البيع أن يسمع المشترى . »

---

(٤٨) قارن المحيط (١١ ب) حيث أفرق بين رأى الهندوانى ورأى الحلوانى .

(٤٩) قارن : هـ/١٩ .

(٥٠) الكاكى ينحاز إلى رأى الهندوانى .

(٥١) ر : هـ/٥ .

(٥٢) الكاكى أول من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ويستفاد التضعيف من لفظ « قيل »، ر : هـ / ٣٧ .

٣٠ ب — الاتقانى (٧٥٨ هـ) ، غاية البيان ، جـ ١ ، ق ٨٦ ، س ٢٤ :
« قوله وفى لفظ الكتاب إشارة إلى هذا — أى لفظ مختصر القدورى [٥٣] وهو ماذكره فى أول الفصل بقوله فهو مخير إن شاء جهر وأسمع نفسه ، وإن شاء خافت ، إشارة إلى ما قاله الكرخى ، لأنه جعل أدنى المخافتة ما دون إسماع النفس كما ترى فعلم أن الصحيح تحصيل الحروف وتصحيحها كاف . . وقيل الكلام فعل اللسان مع الصوت وإقامة الحروف . أقول التقييد بالصوت اصطلاح من عند هذا القائل فلا يكون حجة على غيره ، فلا نسمه ، على أنا نقول الكلام معنى ينافى السكوت ، والخرس ، والآفة وبتصحيح الحروف يحصل هذا المعنى ، فلا يحتاج إلى الصوت [٥٤] وعلى هذا الخلاف [٥٥] إذا خافت بحيث لا يسمع نفسه التسمية على الذبيحة ، ووجوب سجدة التلاوة ، والأقارير ، والبيوع ، فافهم . »

٣١ ب — البابرتى (٧٧٦ هـ) ، العناية ، على الفتح ، جـ ١ ، ص ٢٣٣ . « اعلم أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين : كلام وقراءة ، لأن الغرض منه إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب ، أولا . فإن كان الأول ، فهو الكلام . وإلا فهو القراءة . وكل منهما على نوعين : جهر ومخافتة . وقد اختلف علماؤنا فى الحد الفاصل بينهما ، فذهب الفقيه أبو جعفر الهندوانى إلى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه ، وما دون ذلك مجمجة ودندنة ليس بكلام ولا قراءة . وقال : لأن مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا تسمى قراءة لا لغة ولا عرفاً ، وفيه نظر . فإن من رأى المصلى الأطرش من بعيد يحرك شفتيه ، يخبر عنه أنه يقرأ ، وإن لم يسمع منه شىء . وقال الكرخى : أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف ، وقال لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ، فإن الأطرش يتكلم ولا يسمع ، وهو كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة ، والجهر من الكيفيات المسموعة . واعترض عليه بأن

---

(٥٣) قارن : هـ/١٩.
(٥٤) الإتقانى ينحاز إلى رأى الكرخى .
(٥٥) ر : هـ/٥ .

الـكتابة يوجد بها تصحيح الحروف ، ولا تسمى قراءة ، لعدم الصوت ، وهو فاسد[٥٦]، لأنه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة ، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة . ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان . . . — قوله وفى لفظ الـكتاب — قيل يعنى مختصر القدورى ، وهو ما ذكرناه فى أول الفصل بقوله « فهو مخير إن شاء جهر ، وإن شاء أسمع نفسه ، وإن شاء خافت » وقيل فى المبسوط[٥٧] حيث قال : « وإن كان وحده » وكانت صلاة يجهر فيها بالقراءة ، قرأ فى نفسه إن شاء ، وإن شاء جهر وأسمع نفسه » وشيخ الإسلام أول هذا الـكلام نصرة لأبى جعفر بأنه أراد بقوله وقرأ فى نفسه أن يسمع نفسه لا غيره ، وبقوله وإن شاء جهر وأسمع نفسه أن يسمع نفسه وغيره فصار كأنه قال « المنفرد فيما يجهر فيها بالقراءة بالخيار إن شاء أسمع نفسه لا غير ، وإن شاء أسمع نفسه وغيره » وهذا كما ترى تأويل غير محتمل ، إذ ليس فى كلام محمد ما يحتمله . (وقوله وعلى هذا الأصل كل ما يتعلق بالنطق[٥٨]) يعنى إذا قال : أنت طالق ، أو أنت حر ، ولم يسمع نفسه ، وقع الطلاق والعتاق عند الـكرخى ، خلافاً للهندوانى ، وكذا إذا جهر بهما وخافت بالاستثناء أو الشرط ، بحيث أنه لم يسمع نفسه ، لم يقعا فى الاستثناء أصلا ، وتأخرا إلى وجود الشرط عند الـكرخى ، وعند الهندوانى يقعان فى الحال » .

٢٣ ب — الخوارزمى (٨٠٠ هـ ؟) ، الـكفاية على الفتح ، ج ١ ، ص ١٢١ ، س ٥ : « (قوله وعلى هذا الأصل) أى وعلى هذا الخلاف (قوله وغير ذلك)[٥٩] كالبيع والتسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وقيل[٦٠] الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعضها شرط سماع الغير كما فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفى ، ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى » .

---

(٥٦) البابرتى ينحاز إلى رأى الـكرخى .

(٥٧) قارن : هـ / ١٩ .

(٥٨) ر : هـ / ٥ .

(٥٩) ر : هـ / ٥ .

(٦٠) ثانى من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ / ٣٧ .

٢٣ ب — (٧٤٧ هـ ؟) ، شرح المواضع المغلقة من وقاية الرواية ، ق ٢٦ ، س ٣١ : « وأدنى المخافتة إسماع نفسه هو الصحيح . وهذا عند الهندوانى ، لأن مجرد حركة اللسان لا يسمى قراءة بدون الصوت ، هداية . احترازاً عما قيل إن أدنى الجهر إسماع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف م[٦١] ، وكذا فى كل ما تعلق بالنطق[٦٢] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها » .

مجموعة الكنز

٢٤ ب — النسفى (٧١٠ هـ) ، الكنز نقلا عن تبيين الحقائق ، جـ ١ ، ص ١٢٨ ، س ١٨ : « وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق[٦٣] » .

٢٥ ب — الفقيه السابق ، الكافى ، جـ ١ ، ق ٣١ ، س ١٨ : « وعلى هذا الاختلاف [بين الهندوانى والكرخى] كل ما يتعلق بالنطق[٦٤] كالعتاق والطلاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإيلاء والبيع ، حتى لو استثنى ، ولم يسمع نفسه ، لا يقع الاستثناء عند الشيخين . وكذا لو قال : إن دخلت الدار بعد قوله ، أنت طالق جهراً . إن أسمع نفسه ، صح التعليق ، ولا يقع الطلاق إجماعا ، وإن لم يسمع نفسه ، وحصل تصحيح الحروف ، فعلى الاختلاف . وقيل[٦٥] الصحيح أن فى بعض التصرفات يكفى سماعه ، وفى بعضها شرط سماع غيره ، كما فى البيع ، ولو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفى ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى . قال صاحب المحيط : الأصح قول الشيخين[٦٦] » .

٢٦ ب — الزيلعى (٧٤٢ هـ) ، تبيين الحقائق ، جـ ١ ، ص ١٢٨ ، س ١٨ :

---

(٦١) يقصد بحرف (م) المحيط .

(٦٢) ر : هـ / ٥ .

(٦٣) ر : هـ / ٥ .

(٦٤) ر : هـ / ٥ .

(٦٥) ثالث من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ / ٣٧ .

(٦٦) ترجيح المحيط لرأى الهندوانى على رأى علاء الدين هو محل نظر ! ر : هـ / ٤٠ .

« وعلى هذا الخلاف كل مايتعلق بالنطق[٦٧] كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة بالتلاوة والعتاق والطلاق والاستثناء » .

القرن التاسع

(مج ف)

٢٧ ب — ابن البزاز الكردرى (٨٢٧ هـ) ، فتاوى على هامش الهندية ، جـ ٤ ، ص ٣٦٤ ، س ٧ : « وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع ، حتى إذا أوجب أحدهما أو قبل ، ولم يسمع الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع[٦٨] وكذا فى النكاح والخلع فى المختار . ولو سمع أهل المجلس ، وزعم أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن فى أذنه وقر ، لا يصدق قضاء » .

٢٧ ب/١ — المرجع السابق ، س ١٦ «قال : بعت ، وقال المشترى : اشتريت ، وقارنه الآخر بـ « رجعت » إن معاً لا يتم البيع ، وإن عاقبه البائع بـ « رجعت » تم .

٢٧ ب/٢ — المرجع السابق ، ص ٣٦٦ ، س ١٤ : « بعت من فلان الغائب ، فحضر فى المجلس ، وقبل صح[٦٩] ، وكما ينعقد بالخطاب من الحاضر ينعقد بالخطاب من الغائب أيضاً . كتب البائع إلى آخر : بعت عبدى منك بكذا ، وقال عند وصول الكتاب قبلت ، تم ، ولو كتب إليه اشتريت عبدك ، فقال : بعت ، تم لوجود الركنين » .

٢٨ ب — أبو القاسم (٨٨٠ هـ) ، جامع الفتاوى ، ق ٥٧ ، س ١٦ : « سماع العاقدين كلاهما شرط انعقاد البيع ، حتى إذا أوجب أحدهما ، أو قبل ، ولم يسمع

---

(٦٧) ر : هـ / ٥ .

(٦٨) رابع المشيرين إلى الإجماع ، ر : هـ / ٤ .

(٦٩) هذا النص يتعارض مع النص السابق ، ر : هـ / ٦٠ ، وانظر ما سيأتى ٤٢ ب / ٣ .

الآخر ، لا يتم البيع بالإجماع[٧٠] ، وكذا فى النكاح والخلع ، ولو سمع أهل المجلس ، ونزع أحدهما عدم السماع ، إن لم يكن فى أذنه وقر ، لا يصدق قضاء » .

(مج ه)

٢٩ ب — العينى (٨٥٥) ، البناية فى شرح الهداية ، جـ ١ ، ص ٦٩٩ ، س ٢ : « (وعلى هذا الأصل) أى وعلى الاختلاف المذكور كل ما يتعلق بالنطق[٧١] كالطلاق . . وقيل[٧٢] الصحيح فى البيع أن يسمع المشترى » .

٢٩ ب / ١ — المرجع السابق ، جـ ٣ ، ص ٦ ، س ١٥ : « وفى المحيط[٧٣] سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط للانعقاد ، ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم أسمعه وليس وقر ، لم يصدق »

٣٠ ب — الكمال بن همام (٨٦١ هـ) ، فتح القدير ، جـ ١ ، ص ٢٣٣ ، س ٦ : « وفى المحيط قول الهندوانى أصح[٧٤] واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان ، لكن فعله الذى هو كلام ، والكلام بالحروف ، والحروف كيفية تعرض للصوت ، وهو أخص من النفس ، فإنه النفس المعروض بالقرع ، فالحروف عارض للصوت ، لا للنفس فمجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بعضلات المخارج ، لا حروف ، فلا كلام ، بقى أن هذا لا يقتضى أن يلزم فى مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع ، بل كونه بحيث يسمع ، وهو قول بشر المريسى ، ولعله المراد بقول الهندوانى ، بناء

---

(٧٠) خامس المشيرين إلى الإجماع ، ر : هـ / ٤ ، يلاحظ أن جامع الفتاوى لم يحصر الإجماع بالبيع على غرار المؤلفات السابقة (ر : هـ / ٤ ، هـ / ٧ ، هـ / ٣٩ ، هـ / ٦٨) بل بسطه على النكاح والخلع أيضاً .

(٧١) ر : هـ / ٥ .

(٧٢) رابع من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر هـ / ٣٧ .

(٧٣) ر : / ٤١ .

(٧٤) ر : هـ / ٣٠ .

على أن ظاهره سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع[٧٥] (قوله وغير ذلك) كالتسمية على الذبيحة ، ووجوب السجدة بتلاوته ، وجواز الصلاة ، قال شيخ الإسلام وكذا (الإيلاء والبيع على الخلاف[٧٦] وقيل[٧٧] الصحيح فى البيع أنه لابد من أن يسمع المشترى »

• ٣٠ ب/١ — المرجع السابق ، حـ ٥ ، ص ٧٤ ، س ١٣ : « (قوله ينعقد بالإيجاب والقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر . ولو قال البائع : لم أسمعه ، وليس به صمم ، وقد سمعه من فى المجلس ، لايصدق[٧٨] »

---

(٧٥) سوى بين رأيى الهندوانى والمريسى انظر تأييد هذه التسوية فى الفتاوى الخيرية (ر : ٤٧ ب) .

(٧٦) ر : هـ/٥ .

(٧٧) الكمال بن همام هو خامس من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ/٣٧ .

(٧٨) يلحظ أن اشتراط الكمال بن همام للسماع فى الجزء الخامس من مؤلفه عند بحثه لشرائط انعقاد البيع يتعارض مع تضعيفه لهذا الشرط فى الجزء الأول من مؤلفه عند بحثه لدرجة ظهور القراءة كما أشرنا فى النص السابق (ر : ٣٠ ب) وتتبدى أهمية هذا التعارض إذا عرفنا أن فتح القدير كان مصدراً موثوقاً لدى المتأخرين وقد اتخذ هؤلاء الفقهاء موقفين فى نقلهم عن الفتح .

فمنهم من نقل تقويته له أمثال عبد الحليم والأسكوبى وأبى السعود .

(ا) جاء فى حاشية عبد الحليم : « (قوله بالإيجاب والقبول) أطلقه ولكن المراد أن يسمع كل كلام الآخر .. كما فى الفتح (ر : ٥٦ ب) » .

(ب) وجاء فى مهتدى الأنهر : « (وينعقد بإيجاب وقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر ... كما فى الفتح » (ر : ٦٥ ب) .

(جـ) وجاء فى فتح الله المعين « والصحيح أنه لابد من سماع المشترى كما فى الفتح (ر : ٦٤ ب) » والذى ورد فى الفتح مبدوء بـ قيل ، لا بـ الصحيح ومنهم من نقل تضعيفه له أمثال عمر بن نجيم ، والشرنبلالى ، و ابن عابدين

(ا) جاء فى النهر الفائق « وقيل الصحيح فى البيع أنه لابدأن يسمع المشترى .. كذا فى الفتح (ر : ٥١ ب)

٣١ ب – الآمدى (٩٠٠ هـ) ، زبدة الدراية ، جـ ٣ ، ق ١٢٠ ، س ٢٦ : « (وعلى هذا الأصل) أى وعلى الاختلاف المذكور كل مايتعلق بالنطق[٧٩] . والبيع على الخلاف المذكور ، وقيل[٨٠] الصحيح فى البيع أن يسمع المشترى » .

(ج و)

٣٢ ب – ابن سندل (٨٣١ ؟) ، توفيق العناية ، ق ١٧ ، س ٢٧ : « وتبنى على ذلك كل مايتعلق بالنطق[٨١] كالطلاق والعتاق . »

٣٣ ب – الشُمُنِّى (٨٧٢ هـ) كمال الدراية ، جـ ١ ، ق ٥٠ ، س ٣٩ : «(وكذا كل ما تعلق بالنطق[٨٢] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) وأشار بقوله وغيرها إلى الشرط فى الطلاق والعتاق وإلى التسمية للذبيحة والتلاوة للسجدة والإيجاب والقبول للبيع » .

٣٣ ب/١ – المرجع السابق ، جـ ٢ ، ق ٣ ، س ٧ : « وفى المحيط[٨٣] سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط الانعقاد . ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم أسمعه ، ولم يكن به وقر ، لم يصدق . »

٣٤ ب – ابن ملك (٨٨٥ هـ) شرح الوقاية ، ق ٢٧ ، س ١٣ : « وأدنى

(ب) وفى غنية ذوى الأحكام للشرنبلالى : « وقيل الصحيح أنه لابد أن يسمع المشترى . . . كذا فى فتح القدير . . . قلت قد ضعفه فى الكافى . . . وكذا يضعفه ما قدمناه عن الكمال (ر : ٥٤ ب) » .

(ج) وفى رد المحتار : « ولم يعول الشارح [الحصكفى] على هذا القول [تقوية النهر] فعبر عنه بقيل تبعاً للفتح (ر : ٧٤ ب) »

(٧٩) ر : هـ / ٥ .

(٨٠) سادس من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ/٣٧ .

(٨١) ر : هـ / ٥ .

(٨٢) ر : هـ / ٥ .

(٨٣) ر : هـ / ٤١ .

المخافتة إسماع نفسه ، وهذا عند الهندوانى .. وهو صحيح ، احترز به عن قول الكرخى وهو أدنى المخافتة أن يصحح الحروف لأن القراءة فعل اللسان ، وذلك بإقامة الحروف دون الصماخ ، لأن السماع يحصل بالأذن ، وهو فعل السامع ، لا فعل القارىء (وكذا مايتعلق بالنطق[٨٤] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) أى كالتسمية فى الذبح » .

٣٥ ب — يعقوب باشا (٨٩١ هـ) ، حاشية ، ق ٣٤ ، س ١٨ : « (قوله وغيره) كالبيع والإيلاء والتسمية على الذبيحة ، وذكر الزاهدى أن الصحيح[٨٥] فى البيع أن يسمع المشترى » .

(مج ك)

٣٦ ب — العينى (٨٥٥ هـ) شرح الكنز ، جـ ١ ، ص ٢٦ ، س ١٣ : «وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق[٨٦] كالطلاق والعتاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإيلاء والبيع . »

مجموعة الدرر

٣٧ ب — منلا خسرو (٨٨٥هـ) ، جـ ١ ، ص ٨٢ ، س ١ : « والأول [الهندوانى] أصح . . وعلى هذا الخلاف كل ما يتعلق بالنطق كالتسمية على الذبيحة ووجوب السجدة فى التلاوة والطلاق والعتاق والاستثناء[٨٧] .

القرن العاشر

(مج و)

٣٨ ب — البرجندى (٩٣٠ هـ) ، شرح على الوقاية ، ق ٩١ : « (وكذا

---

(٨٤) ر : هـ/٥ .

(٨٥) يشير هذا النص إلى أن الزاهدى يشترط السماع .

(٨٦) ر : هـ / ٥ .

(٨٧) ر : هـ / ٥ .

فى كل مايتعلق بالنطق)[٨٨] أى وكما أن المعتبر فى قراءة المخـافتة إسماع نفسه ، حتى لو لم يسمع نفسه لا تـكون معتبرة على الصحيح ، كذلك المعتبر إسماع نفسه فى كل ماتعلق بالنطق ، حتى لو لم يسمع نفسه لا يعتبر على الصحيح (كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) . . وقيل[٨٩] الصحيح أنه فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه كالطلاق والعتاق ، وفى بعضها يشترط سماع غيره كما فى البيع ، لوأدنى المشترى صماخه إلى فم البائع ، فسمع ، يكفى ، ولو سمع البائع بنفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى ، قال صاحب المحيط[٩٠] الأصح قول الشيخين » .

٣٩ ب — ابن كمال باشا (٩٤٠ هـ) إيضاح الإصـلاح ، ق ٧٧ ، س ٢١ :
« (وكذافى كل مايتعلق بالنطق[٩١] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) من البيع والنـكاح والايلاء واليمين ، أى أدنى المخافتة فى هذه الأشياء إسماع نفسه ، حتى لوطلق بحيث صحح الحروف ولـكن لم يسمع نفسه ، لايقع »

٤٠ ب — قهستانى (٩٧٠ هـ) جامع الرموز ، جـ ١ ، ص ١٦٥ — ١٦٦ :
« (وكذا) أى مثل الجهر والمخافتة فى القراءة الجهر والمخافتة (فى كل ما يتعلق بالنطق) وهو فى المتعارف أصوات مقطعة ، يظهرها اللسان ، وتعيها الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للانسان . (كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها) . . . وفى المحيط[٩٢] قال القاضي علاء الدين : الصحيح عندى أن إسماع النفس كاف فى بعض التصرفات دون بعض ، ألا ترى أن البائع لو أسمع نفسه بلا إسماع المشترى لم يكن كافياً » .

٤٠ ب/١ — المرجع السابق ، جـ٣ ، ص٤ ، س٢١ : « يشترط سماع كل من العاقدين كلام الآخر كما فى المحيط[٩٣] ، لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع

(٨٨) ر : هـ / ٥ .
(٨٩) سابع من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً . ر : هـ / ٣٧ .
(٩٠) تصحيح صاحب المحيط محل نظر ! ر : هـ/٤٠ .
(٩١) ر : هـ/٥ .
(٩٢) ر : هـ/٣٧ .
(٩٣) ر : هـ/٤١ .

لا بمحض التعقل[٩٤] » .

٤١ ب — ملا الياس (٩٧٠ هـ) شرح الوقاية : « (وكذلك فى كل ما يتعلق بالنطق[٩٥] كالطلاق . . وغيرها) وقيل[٩٦] أنه يكتفى فى بعض التصرفات بسماعه ، وفى بعضها شرط سماع غيره ، كما فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع فسمع البيع ، يكفى ، ولو سمع بنفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى » .

٤١ ب/١ — المرجع السابق ، كتاب النكاح : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) والظاهر أن هذا الشرط غير مختص بالنكاح بل جميع العقود كذلك »

(مج ك)

٤٢ ب — زين الدين بن نجيم (٩٧٠ هـ) ، البحر الرائق ، ج ١ ، ص ٣٣٧ ، س ٨ : « وفى الذخيرة[٩٧] معزيا إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته أن الأصح

(٩٤) يلحظ أن القهستانى هو الوحيد الذى قدم تمليلا لشريطة السماع فى عقد البيع ، وسنجد إبان استعراضنا لشريطة السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد النكاح أن الفقهاء قدموا له أكثر من تمليل .

(٩٥) ر : هـ/٥ .

(٩٦) ثامن من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ/٣٧ .

(٩٧) نص الذخيرة هو نفس النص الذى سبق أن نقلناه عن المحيط البرهانى (ر : ١١ ب) ؛ ر : هـ/٢٨ ، ر : هـ/٣٧ .

ويلحظ أن نص الذخيرة يتضمن لفظ « الصحيح » لا « الأصح » كما نقل فى البحر الرائق وتبدو قيمة هذه الملحوظة إذا عرفنا أن ثمة عدداً من الكتب نقلت نص الذخيرة محوراً كما ورد فى البحر ، جاء فى غنية ذوى الأحكام : « ونقل فى البحر عن الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين . . أن الأصح عندى (ر : ٥٤ ب) » وجاء فى منح الغفار : « وفى البحر حاكياً عن الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين أن الأصح عندى (ر : ٦٠ ب) . » وفى رد المحتار : « قال فى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين ... أن الأصح عندى (ر : ٧٤ ب) . »وفى السندى : « وفى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين أن الأصح عندى (ر : ٧٥ ب) » . ==

عندى أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلا فى البيع . . . »

٤٣ ب/١ — المرجع السابق ، جـ ٥ ، ص ٢٦٦ ، س ٢٢ : « وإذا قبل المشترى فلم يسمعه البائع لم ينعقد . فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط للانعقاد إجماعا[٩٨] فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى ، والبائع يقول لم أسمع ، ولا وقر فى أذنه ، لم يصدق قضاء ، وفى البزازية[٩٩] وكذا السماع شرط فى النكاح والخلع فى المختار ، وشرط فى الحاوى القدسى[١٠٠] السماع والفهم » .

٤٣ ب/٢ — المرجع السابق ، جـ ٥ ، ص ٢٧٢ ، س ٢٨ : « وفى القنية : ولا يجوز أن يناديه من بعيد أو من وراء جدار ، رجل فى البيت فقال للذى فى السطح بعت منك بكذا ، فقال : اشتريت : صح . إذا كان كل منهما يرى صاحبه ، ولا يلتبس الكلام للبعد . ولو تعاقدا البيع ، وبينهما البحر ، يصح البيع . قلت ، وإن كان نهرا عظيما تجرى فيه السفن . قال رضى الله عنه : وقد تقرر . . فى أمثال هذه الصورة على أنه إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه ، يمنع ، وإلا فلا »

٤٣ ب /٣ — المرجع السابق ، جـ ٥ ، ص٢٧٣ ، س ٢ : « وفى البزازية[١٠١] بعت من فلان الغائب ، فحضر فى المجلس ، وقبل ، صح اهـ وهو مشكل لعدم سماع الغائب كلام الحاضر ، ولعدم اتحاد المجلس ، وحمله على ما إذا أعاد الإيجاب بعد حضوره بعيد كما لا يخفى » .

= ويلاحظ أن النصين الأخيرين لم يشيرا إلى أنهما نقلا عن البحر ، بيد أن سياقهما يفيد نقلهما عنه ، ونشير هنا إلى أن ميل صاحب البحر إلى رأى علاء الدين قد يكون هو الذى دعاه — ولو بصورة لا شعورية — إلى هذا التحوير .

(٩٨) سادس المشيرين إلى الإجماع ؛ ر : هـ / ٤ .

(٩٩) ر : ٢٧ ب .

(١٠٠) ر : ٧ ب .

(١٠١) ر : ٢٧ ب / ٢ ؛ هـ / ٦ .

٤٣ ب – شلبي (١٠٠٠ هـ) ، الفوائد الرقائق ، جـ ١ ، ص ١٢٧ ، س ٢٤
« فلا يقع الطلاق والعتاق ولا يصح الاستثناء ما لم يكن مسموعا له اهـ قال شيخ الاسلام وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف[١٠٢] ، وقيل[١٠٣] الصحيح فى البيع أن يسمع المشترى » .

مجموعة ملتقى الأبحر

٤٤ ب – الحلبي (٩٥٦هـ) غنية المتملى شرح منية المصلى ، ص ١٥٠ ، س ٢٣:
« وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق[١٠٤] كالطلاق . . ووجوب السجدة بتلاوته ونحو ذلك لا يصح عند الشيخين ما لم يسمع نفسه ومن بقربه[١٠٥] » .

٤٥ ب – الباقانى (١٠٠٠ هـ) بحر الأنهر ، ق٤٢ : « وكذا الحكم فى كل ما يتعلق بالنطق[١٠٦] كالطلاق ، وغيرها . . وفى الذخيرة[١٠٧] حلف لا يكلم فلانا ، فناداه من بعد بحيث لا يسمع يحنث ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ولم يوجد » .

القرن الحادى عشر

(ع ف)

٤٦ ب – بعض علماء الهنود (١٠٧٠ هـ) ، فتاوى ، جـ ١ ، ص ٧٢ ، س ٣٠ : « اختلفوا فى حد الجهر والمخافتة قال الفقيه أبو جعفر والشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل : أدنى الجهر أن يسمع غيره ، وأدنى المخافتة أن يسمع ،

---

(١٠٢) ر : هـ / ٥ .
(١٠٣) تاسع من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ، ر : هـ / ٣٧ .
(١٠٤) ر : هـ / ٥ .
(١٠٥) يلحظ أن رأى الشيخين هو الاكتفاء بسماع صاحب التعبير .
(١٠٦) ر : هـ / ٥ .
(١٠٧) ر : ١١ ب .

نفسه ، وعلى هذا يعتمد ، كذا فى المحيط[١٠٨] وهو الصحيح كذا فى الوقاية والنقاية ، وبه أخذ عامة المشايخ كذا فى الزاهدى[١٠٩] .

٤٦ ب/١ — المرجع السابق ، جـ٣ ، ص ٣ ، س ٣ : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع[١١٠] . فإذا قال المشترى : اشتريت ، ولم يسمع البائع كلام المشترى ، لم ينعقد البيع ، هكذا فى الفتاوى الصغرى[١١١] فإن سمع أهل المجلس كلام المشترى ، والبائع يقول لم أسمع ، ولا وقر فى أذنه ، لم يصدق قضاء ، كذا فى البحر الرائق[١١٢] .

٤٧ ب — الرملى (١٠٨١ هـ) ، الفتاوى الخيرية ، جـ ١ ، ص ١٣ : « الظاهر من عباراتهم أن فى المسألة ثلاثة أقوال : قال الكرخى إن القراءة تصحيح الحروف وإن لم يكن الصوت بحيث يسمع وقال بشر : لابد أن يكون بحيث يسمع . وقال الهندوانى : لابد أن يكون مسموعاً له . زاد فى المجتبى فى النقل عن الهندوانى أنه لايجزيه ما لم تسمع أذناه ومن بقربه اهـ ونقل فى الذخيرة أن الأصح هذا ولا ينبغى أن يجعل قولا رابعاً ، بل هو قول الهندوانى الأول ، وفى العادة أن ما كان مسموعاً له يكون مسموعاً لمن هو بقربه ، إلى هنا كلام البحر ، أقول ما قاله الهندوانى أصح وأرجح » .

(مج و)

٤٨ ب — الهروى (١٠١٤ هـ) ، فتح باب العناية ، جـ ١ ، ص ١٥٠ ، س ٤ : (وأدنى المخافتة إسماع نفسه هو الصحيح) لأن حركة اللسان بدون الصوت لا يسمى قراءة ، لا لغة ولا عرفاً . وقال الكرخى أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة أن يصحح الحروف ، لأن القراءة فعل الأذن ، وفيه أن الحرف صوت يعتمد على مخرج

---

(١٠٨) ر : ١١ ب .

(١٠٩) ر : هـ / ٣٠ .

(١١٠) سابع المشيرين إلى الأجماع ، ر : هـ / ٤ .

(١١١) ر : ٢ ب .

(١١٢) ر : ٤٢ ب سبق أن أشرنا إلى أن أول نص حدد الضابط الموضوعى هو مجموع النوازل ، ر : هـ / ٩ .

محقق أو مقدر ، فلا يتحقق بدون السمع ، وغيره يكون خاطراً وخيالا (وكذا الخلاف فى كل ما يتعلق بالنطق[١١٣] كالطلاق والعتاق وغيرها) كالشرط فى الطلاق والعتاق والتسمية للذبيحة والتلاوة للسجدة والإيجاب والقبول فى البيع والنكاح وأمثالها . »

٤٨ ب / ١ — المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٣ ، س ١٥ : « ويشترط سماع المتعاقدين كلامهما . »

٤٩ ب — القزانى (١١٠٠ هـ) ، غواص البحرين على جامع الرموز ، جـ ٣ ، ق ٦٩ ، س ٣٦ : « (وإلى أنه يشترط سماع كل من العاقدين كلام الآخر لما فى المحيط) لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعقل . »

(مج ك)

٥٠ ب — المقدسى (١٠٠٤) ، أوضح رمز على نظم الكنز جـ ١ ، ق ٦٥ ، س ٥٤ : « وحد المخافتة أن يسمع نفسه ، أو من بضع أذنه عند فيه كما قال الهندوانى ، وما دونه فى تصحيح الحروف بلا صوت ليس بقراءة ، وإن ذهب إليه الكرخى ، وصححه فى البدائع[١١٤] ، والجمهور على الأول ، وعليه المعول فى ذلك ، وفيما يتعلق بالنطق[١١٥] من طلاق وعتاق واستثناء وتسمية الذبح وغير ذلك »

٥٠ ب / ١ — المرجع السابق ، جـ ٣ ، ق ٣ ، س ٣٦ : « ولا بد من سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر ، فلو قال بائع لم أسمع قول المشترى ، ولاصمم به ، وقد سمعه من بالمجلس ، لا يصدق »

٥١ ب — سراج الدين بن نجيم (١٠٠٥ هـ)، النهر الفائق ، جـ ١ ، ق ١٣٧ ، س ١٦ : « واختلف فى حد الجهر والإخفاء ، فاختار الكرخى أنه إسماع نفسه ،

---

(١١٣) ر : هـ / ٥ .

(١١٤) ر : هـ / ٢١ .

(١١٥) ر : هـ / ٥ .

والمخافتة تصحيح الحروف ، قالوا وإلى ذلك أشار محمد فى الأصل[١١٦] . . . ، قال فى البدائع وهذا أصح وأقيس[١١٧] وصرح محمد فى الآثار بأنه إذا حرك شفتيه بالاستثناء فقد استثنى ، وهو قول أبى حنيفة ، واختار الهندوانى — ونسبه فى الذخيرة إلى الحلوانى — أن الجهر إسماع غيره ، والمخافتة إسماع نفسه ، زاد فى المجتبى : ومن بقربه ، وعليها أكثر المشايخ ،وهو الأصح[١١٨] ويتخرج على الخلاف كل مايتعلق بالنطق[١١٩] كالطلاق والعتاق والاستثناء وتسمية الذبائح وسجود التلاوة والبيع ، وقيل[١٢٠] الصحيح فى البيع أنه لا بد أن يسمع المشترى كذا فى الفتح . أقول : ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل ما يتوقف تمامه على القبول[١٢١] ولو غير

---

(١١٦) ر : هـ / ١٩ .

(١١٧) ر : هـ / ٢١ .

(١١٨) ر : هـ / ٣٠ .

(١١٩) ر : هـ / ٥ .

(١٢٠) ر : هـ / ٧٨ .

(١٢١) يستفاد من كلام صاحب النهر أنه يميل إلى تقوية شرط السماع بدليل أنه بسط حكمه على بقية التصرفات التى تفتقر إلى قبول ، ويؤيد هذا الفهم أن الفقهاء فيما بعد قد اعتبروا صاحب النهر فى عداد المقرين لهذا الشرط وهؤلاء الفقهاء هم أبو السعود ، وابن عابدين ، والسندى .

جاء فى فتح الله المعين لأبى السعود : « والصحيح أنه لابد من سماع المشترى كما فى الفتح ، زاد فى النهر كل ما يتوقف تمامه على القبول) وإن لم يكن مبادلة كالنكاح (ر : ٦٤ ب) » وجاء فى رد المحتار : « قال فى النهر : أقول ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل مايتوقف تمامه على القبول ولوغير مبادلة كالنكاح اهـ ولم يعول الشارح على هذا القول فعبر عنه بقيل تبعاً للفتح (ر : ٧٤ ب) » وفى طوالع الأنوار للسندى « وفى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته أن الأصح عندى أنه فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره مثلا فى البيع . . . اهـ قال فى النهر : أقول ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل ما يتوقف تمامه على القبول ولو غير مبادلة كالنكاح (ر : ٧٥ ب) » =

مبادلة كالنكاح[١٢٢] »

٥٣ ب — الحموى (١٠٩٨ ﻫ) ، كشف الرمز عن خبايا الكنز ، ج ١ ، ق ٩٨ ، س ٣٨ : « وكما أن المعتبر فى قراءة المخافتة إسماع نفسه ، حتى لو لم يسمع نفسه لا يعتبر على الصحيح ، كذا الطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها[١٢٣] من الإيلاء واليمين والتسمية على الذبيحة ولزوم سجدة التلاوة والبيع والشراء[١٢٤] وقيل الصحيح أنه فى بعض التصرفات يكتفى بسماع نفسه كالطلاق والعتاق ، وفى بعضها يشترط سماع غيره كما فى البيع ».

٥٣ ب / ١ المرجع السابق ، ج ٣ ، ق ٣ س ٣٦ : « وشرط سماع كل منهما

= ويلحظ : أن النص الأول لم ينقل شرط السماع من الفتح مضعفا بل نقله مصححاً ، ثم أشار إلى انحياز صاحب النهر إليه . أما النص الثانى فقد أشار بوضوح إلى تقوية صاحب النهر ، بعد أن أشار إلى تضعيف الكمال له . أما النص الأخير فقد عزى فيه السندى اشتراط السماع الى القاضى علاء الدين ، ثم أشار إلى انحياز صاحب النهر اليه .

ويلحظ أيضاً أن صاحب النهر ، إذ يقوى شريطة السماع ، لم يفصل أسباب تقويته ، ولم يصرح بمخالفته لصاحب الفتح ، ولعل موقفه الثانى يملى بالمسلك الذى يلجأ اليه بعض الفقهاء عادة فى مجابهتهم لآراء غيرهم فثمة من الفقهاء من لا يصرح باعتراضه على فقيه سابق له ، تأدباً معه ، وقد أشار ابن عابدين فى مقدمته لرد المحتار إلى خطته هذه بقوله : « ضاماً إليه [ردالمحتار] ما حرره العلامة الحلبى والعلامة الطحطاوى ، وغيرهما من محشى هذا الكتاب ، وإذا وقع فى كلامهما ما خلافه الصواب ، أو الأحسن ، أو الأهم أقرر الكلام على ما يناسب المقام ، وأشير إلى ذلك بقولى فافهم ، ولا أصرح بالاعتراض عليهما ، تأدباً معهما ! ! »

(١٢٢) ليس صاحب النهر هو أول من قال باشتراط السماع فى النكاح ، وسنتناول هذا الأمر بالتفصيل عند بحثنا لشريطة السماع فى الإيجاب والقبول فى النكاح .

(١٢٣) ر : ﻫ / ٥ .

(١٢٤) عاشر من ينقل رأى علاء الدين مضعفاً ؛ ر : ﻫ / ٣٧ .

كلام الآخر ، ولو ادعى أحدهما عدم السماع ، مع سماع أهل المجلس ، لا يصدق ، حيث لا وقر فى أذنه . ومافى القنية لا يجوز أن يناديه من بعيد ، أو من وراء جدار ، محمول على ما إذا لم يسمع كلامه . ولذا رقم بعده رجل فى البيت قال للذى فى السطح : بعت منك كذا . فقال : اشتريت ، صح إذا كان كل منهما يرى صاحبه ولا يلتبس الكلام للبعد ، ثم رقم تعاقدا البيع وبينهما النهر يصح . قلت وإن كان نهراً عظيما يجرى فيه السفن ، قال الشيخ وقد تقرر أن فى أمثال هذه الصور إن كان البعد بحال يوجب التباس ما يقول كل واحد منهما لصاحبه ، يمنع ، والإفلا ، كذا فى النهر وأقول : ظاهر كلام القنية أولاً وآخراً أنه إذا كان أحدهما وراء جدار أنه لا يصح وإن سمع كلامه ، وفهمه[١٢٥] . »

(ع د)

٥٣ ب — عزمى زاده (١٠٤٠ هـ) ، حاشية على درر الحكام ، ص ٣٤ ، س ٦ : « (قوله والطلاق والعتاق والاستثناء) حتى لو طلق امرأته أو أعتق أمته أو استثنى بأن قال : له على ألف إلا مائة ، فإن صحح الحروف فيها ولم يسمع نفسه ، لا يقع ، ولا يصح الاستثناء على ما هو الصحيح . »

٥٤ ب — الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) ، غنية ذوى الأحكام فى بغية درر الحكام ، ج ١ ، ص ٨٢ : « قال شيخ الإسلام : وكذا الإيلاء والبيع على الخلاف[١٢٦] وقيل[١٢٧] الصحيح فى البيع أنه لابد أن يسمع المشترى كذا فى فتح القدير . ونقل فى البحر[١٢٨] عن الذخيرة[١٢٩] معزياً إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته أن

---

(١٢٥) يلحظ أن هذا النص يشترط رؤية كل من العاقدين للآخر إلى جانب سماعه وفهمه .

(١٢٦) ر . هـ / ٥ .

(١٢٧) ر : هـ / ٧٨ .

(١٢٨) ر : ٤٢ ب .

(١٢٩) ر : ١١ ب .

الأصح[١٣٠] عندي أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلاً في البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع ، وسمع يكفي ، ولو سمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفي ، وفيما إذا حلف لا يكلمه ، فناداه من بعد بحيث لا يسمع ، لا يحنث ا هـ قلت قد ضعفه في الكافي[١٣١] حيث قال : وقيل الصحيح أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه . . . وقال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين وقول الشيخين الشرط سماع نفسه ، وكذا يضعفه ماقدمناه عن الكمال[١٣٢] » .

٥٥ ب — نوح افندى (١٠٧٠ هـ) ، نتائج النظر على الدرر ، جـ ٣ ، ص ٢٨٠ : « وما ذهب إليه الفقيه أبو جعفر الهندوانى موافق لما ذكر في الجامع الصغير ، وهو آخر التصنيفين ، فيرجح مافيه على غيره . »

٥٦ ب — عبد الحليم (١٠٦٠ ؟)[١٣٣] كشف رموز غرر الأحكام ، جـ ١ ، ص ٦٣ ، س ٣٠ : « قوله هذا مختار الهندوانى — بل قاله وذهب إليه ومنهم من قال هو مذهب محمد ، وهذا القول هو مختار الجمهور ، عليه التعويل ، كما في شرح المقدسى والمنبع — قوله وقال الكرخى — ومنهم من قال هو قول أبي يوسف . . . وفي البدائع هو أقيس وفي العمادية هو أوثق في فصل وأصح كما في المنبع والبحر ... (قوله وعلى هذا الخلاف)[١٣٤] حتى لو استثنى ولم يسمع نفسه لا يصح استثناؤه ، خلافاً للكرخى ، وكذا في غيره . »

٥٦ ب / ١ — المرجع السابق ، جـ ٢ ، ص ٤ ، س ١١ : « (قوله بالإيجاب والقبول) أطلقه ولكن المراد أن يسمع كل كلام الآخر . فلو قال البائع : لم أسمعه ،

---

(١٣٠) ورد في الذخيرة : « الصحيح » لا « الأصح » ر : هـ/٩٧ .

(١٣١) ر : ٢٥ ب .

(١٣٢) ر : هـ/٤٠ .

(١٣٣) الشرنبلالى هو المضعف الحادى عشر ، ر : هـ/٣٧ .

(١٣٤) ر : هـ/٥ ، صاحب المنبع في شرح المجمع هو المنتابى توفى سنة ٧١٧ هـ ويلاحظ أن ثمة شكاً في ترجيح الكاسانى لقول الكرخى ، ر : هـ/٢١ .

وليس به صمم ، وقد سمعه من في المجلس ، لا يصدق ، كما في الفتح [١٣٥] »

(نج م)

٥٧ ب — شيخ زاده (١٠٨٧) ، مجمع الأنهر ، ج ٢ ، ص ٣ ، س ٢٨ :
« وفي المحيط[١٣٦] سماع المتعاقدين الإيجاب والقبول شرط الانعقاد . ولو سمع أهل المجلس ، وقال البائع لم أسمعه ، ولم يكن به وقر ، لم يصدق . »

٥٨ ب — عبدالرحيم باشا (١١٠٠ ؟) حاشية ، ق ٢١ : « و (كذا) يعتبر ذلك (في كل ما يتعلق بالنطق)[١٣٧] من التصرفات الشرعية كالطلاق والعتاق وغيرها من البيع والنكاح والإيلاء واليمين » .

مجموعة التنوير

٥٩ ب — التمرتاشي (١٠٠٤ هـ) ، تنوير الأبصار ، على هامش رد المحتار ج ١ ، ص ٣٧٥ ، س ٣٩ : « ويجرى ذلك في كل مايتعلق بنطق[١٣٨] كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء . »

٦٠ ب — الفقيه السابق ، منح الغفار شرح تنوير الأبصار ، ج ١ . ق ٥٣ ، س ٦٥ : « (ويجرى ذلك) أي ما ذكرنا من حد الجهر والإخفاء (في كل ما يتعلق بنطق[١٣٩] كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء) حتى لو طلق ولم يسمع نفسه ، لم يقع وإن صحح الحروف . . . وفي البحر حاكياً عن الذخيرة أنه قال معزياً إلى القاضي علاء الدين في شرح مختلفاته أن الأصح[١٤٠] عندي أن في بعض التصرفات يكتفى بسماعه وفي بعض التصرفات يشترط سماع غيره مثلاً في البيع .. »

٦١ ب — الحصكفي (١٠٨٨ هـ) ، الدر المختار شرح تنوير الأبصار على هامش رد المحتار ، ج ١ ، س ٣٧٥ ، س ٣٩ : « (ويجرى ذلك) المذكور (في كل مايتعلق

---

(١٣٥) ر : هـ/٧٨ .
(١٣٦) ر : هـ/٤١ .
(١٣٧) ر : هـ/ ٥ .
(١٣٨) و : هـ/٥ .
(١٣٩) ر : هـ/٥ .
(١٤٠) ر : هـ/٩٧ .

بنطق[١٤١] كتسمية على ذبيحة ووجوب سجدة تلاوة وعتاق وطلاق واستثناء) وغيرها فلو طلق أو استثنى ، ولم يسمع نفسه، لم يصح فى الأصح ، وقيل[١٤٢] فى نحو البيع يشترط سماع المشترى »

القرن الثانى عشر

(يج و)

٦٢ ب — الهى زادة (١١٠٠ ؟) حاشية على جامع الرموز ، ق ٦٩ ، س ٣٦ : « (قوله فلو طلقها أو خالعها فاستثنى فى نفسه ...) فى المعراج عن أبى نصر إن حرك لسانه بحروف الاستثناء جاز استثناؤه وكذا عن أبى يوسف وأبى مطيع وإبراهيم النخعى قال أبو نصر وكذا القراءة فى الصلاة ، وإن سمعت فهو أوثق ، قال أبو الليث وبه نأخذ ، كذا فى المجتبى » .

(يج ك)

٦٣ ب — الإسقاطى (١١٥٩ هـ) ،منهج السالكين إلى شرح منلا مسكين ، جـ ١ ، ق ٥٨ ، س ١١ : « ويجرى ذلك فى كل ما يتعلق بنطق[١٤٣] كتسمية على ذبيحة ، ووجوب سجدة تلاوة ،وعتاق وطلاق واستثناء فلو طلق واستثنى ولم يسمع نفسه ، لم يصح ، بحر . »

٦٤ ب — أبو السعود (١١٦٠ هـ) ،فتح الله المعين ، حاشية على شرح الكنز لمنلا مسكين ، جـ ١ ، ص ٢٠٠ ، س ١ : « وكذا جميع ما يتعلق بالنطق[١٤٤] على هذا الاختلاف كالتسمية على الذبيحة ووجوب سجدة التلاوة وعتاق وطلاق واستثناء واختلفوا فى البيع منهم من جمله على هذا الاختلاف أيضاً كالعينى والصحيح[١٤٥]

---

(١٤١) ر : هـ / ٥ .

(١٤٢) الحصكفى هو المضعف الثانى عشر ، ر : هـ / ٣٧ .

(١٤٣) ر : هـ / ٥ .

(١٤٤) ر : هـ / ٥ ، يلحظ أنه لم يجعل قياس التعبيرات على القراءة مطلقاً .

(١٤٥) ر : هـ / ٧٨ .

أنه لا بد من سماع المشترى كما فى الفتح ، زاد فى النهر كل ما يتوقف على القبول وإن لم يكن مبادلة كالنكاح[١٤٦] . »

(مج م)

٦٥ ب — الأدرنوى (١١٣٠ هـ) مهتدى الأنهر ، جـ ٢ ، ق ١٠٧ ، س ٨ : « (وينعقد بإيجاب وقبول) يعنى إذا سمع كل كلام الآخر حتى لو قال البائع لم أسمعه ، وليس به صمم ، وقد سمعه من فى المجلس ، لا يصدق على ما فى فتح القدير[١٤٧] » .

٦٦ — المرعشى (١٢٠٠ ؟) ، المعادل ، ق ٣٠ ، س ٢ : « وكذا يعتبر كل ما يتعلق بالنطق [١٤٨] فى التصرفات كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها فى البيع والنكاح والإيلاء واليمين وأدنى المخافتة فى هذه الاشياء إسماع نفسه حتى لو طلق أو أعتق بحيث صحح الحروف لكن لم يسمع نفسه لا يقع طلاق ولا عتاق . . »

٦٧ ب — السيد الحلبى (١٢٠٠ ؟) ، ق ٣٨ : « وكذا فى كل ما يتعلق بالنطق [١٤٩] كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها . . »

(مج ت)

٦٨ ب — الحلبى (١١٩٠ هـ) ، تحفة الأخيار على الدر المختار ، ق ٦٦ ، س ٢٢ : (قوله وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى) بصيغة التمريض إشارة إلى ضعفه [١٥٠] فإنه قد حرر فى الشرنبلالية [١٥١] عن الكافى [١٥٢] والمحيط [١٥٣] أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه . »

القرن الثالث عشر

(مج و)

٦٩ ب — أبو المكارم (١٢٩٦ هـ) ، شرح مختصر الوقاية ، جـ ١ ، ص ٦٢ :

---

(١٤٦) ر : هـ / ٨ .
(١٤٧) ر : هـ / ٧٨ .
(١٤٨) ر : هـ / ٥ .
(١٤٩) ر : هـ / ٥ .
(١٥٠) الحلبى هو المضعف الثالث عشر ، ر : هـ / ٣٧ .
(١٥١) ر : ٥٤ ب
(١٥٢) ر : ٢٥ ب .
(١٥٣) ر : هـ / ٤٠ .

« وكذا يعتبر الجهر والمخافتة فى كل ما يتعلق بالنطق [١٥٤] من الأحكام الشرعية كالطلاق والعتاق والاستثناء وغيرها كالتسمية على الذبيحة والايلاء والبيع ولزوم سجدة التلاوة فلو طلق أو أعتق وصحح الحروف ولم يسمع نفسه لا يقع ... وفى الكافى [١٥٥] أنه قيل [١٥٦] الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعضها شرط سماع غيره ، كما فى البيع [١٥٧] ... »

(مج ك)

٧٠ ب — ابن عابدين (١٢٥٢هـ)، منحة الخالق على البحر الرائق، ج١، ص٣٣٧، س ٣٢ : « (قوله وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره) حرر فى الشرنبلالية [١٥٨] عن الكافى [١٥٩] والمحيط [١٦٠] أنه ضعيف وأن الصحيح قول الشيخين أعنى الهندوانى والفضلى [١٦١] ... »

(مج م)

٧١ ب — كوز الحصارى (١٣٠٠ ؟) ، حلية الناجى على غنية المتملى ، شرح منية المصلى ، ص ٢٩٠ — ٢٩١ . « (وعلى هذا كل ما يتعلق بالنطق) [١٦٢] يعنى إذا قال أنت طالق أو أنت حر ولم يسمع نفسه وقع الطلاق والعتاق عند الكرخى ولم يقع عند الشيخين ... كذا فى العناية [١٦٣] وقيل [١٦٤] الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه وفى بعضها شرط سماع غيره كما فى البيع والشراء لو سمع البائع

---

(١٥٤) ر: هـ / ٥ . (١٥٥) ر: ٢٥ ب .

(١٥٦) ر: هـ / ٤٠ . (١٥٧) أبو المكارم هو المضعف الرابع عشر ر : هـ / ٣٧.

(١٥٨) ر: ٥٤ ب . (١٥٩) ر: ٢٥ ب .

(١٦٠) ر: هـ / ٤٠ .

(١٦١) سنرى أن ابن عابدين لم يتقيد بهذا التضعيف المزعوم بل جنح إلى تقوية الشرط ، ر : ٧٤ ب .

(١٦٢) ر: هـ / ٥ . (١٦٣) ر : ٢١ ب .

(١٦٤) كوز الحصارى هو المضعف الخامس عشر، ر : هـ / ٢٧ .

بنفسه ، ولم يسمع المشترى لا يكفى ، كذا فى الكبير [١٦٥] وأما لو أدنى المشترى صماخه إلى جهة البائع ، فسمعه يكفى فى ثبوت البيع (قوله ومن بقربه) اعلم أن إسماع القريب لم يذكر فى قول الشيخين ، فلا يناسب إيراده ههنا ، فتأمل . »

(مج ت)

٧٢ ب — الطحطاوى (١٢٣١ هـ) ، حاشية على الدر المختار ، حـ ١ ، ص ٣٤ ، س ٣٣ : « (وقيل فى نحو البيع يشترط سماع المشترى) والمراد بنحو البيع اليمين والسلام ورده وجميع العقود . وحرر فى الشرنبلالية [١٦٦] عن الكافى [١٦٧] والمحيط أن الصحيح الاكتفاء بسماع نفسه [١٦٨] ويترتب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت فى نحو البيع ، وأسمع نفسه فقط انعقد ، ولا يجوز للبائع التصرف إذا علم بعد ذلك والحاصل أنهما قولان مصححان [١٦٩] »

٧٢ ب / ١ — المرجع السابق ، ج ٣ ، ص ٤ ، س ١٠ : « وسماع كل منهما كلام الآخر ، فلو ادعى أحدهما عدمه مع سماع أهل المجلس ، لم يصدق ؛ حيث لا وقر فيه [١٧٠] » .

٧٣ ب — الرحمتى (؟) ، حاشية على الدر المختار ، نقلا عن السندى ج ١ ، ق ٧٣٩ : « ووجه ما صححه فى الكافى [١٧١] أن الإيجاب [١٧٢] من البائع مثلا ما أوجب به للمشترى القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود الفعل منه ، وهو

---

(١٦٥) يقصد به الشرح الكبير للحلبى . (١٦٦) ر : ٥٤ ب .

(١٦٧) ر : ٢٥ ب . (١٦٨) ر : هـ / ٤٠ .

(١٦٩) يلحظ أن السيد الطحطاوى قد أشار إلى أن الشرنبلالى حرر قول الشيخين على أنه « صحيح » والواقع أنه حرره عن الكافى أنه « الأصح » ، ر : ٥٤ ب و ٢٥ ب وينبنى على ذلك أن تصحيحه للرأيين المتعارضين يغدو محل نظر على ضوء هذا التصويب .

(١٧٠) يلحظ هنا أن السيد الطحطاوى قد استقر على الانحياز إلى إثبات شرط السماع ، قارن الهامش السابق . (١٧١) الرحمتى هو التصنيف السادس عشر ؛ هـ / ٣٧

(١٧٢) يلحظ أن الشيخ الرحمتى تعرض لايجاب الموجب فقط ، فنفى عنه وجوب السماع الركنى ، وليس فى ظاهر كلام الرحمتى ما يمنع توسيع هذا النفى على تعبير القبول .

نطقه ، وذلك فى تصحيح الحروف[١٧٣] سواء سمع الثانى أولا ؛ بخلاف ما لو حلف لا يكلمه ، فإن الكلام مأخوذ من الكلم ، وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسماع ، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين فى النكاح ، وسماع التلاوة فى وجوب سجدة التلاوة على السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير اه » .

٧٤ ب — ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ، رد المحتار على الدر المختار ، جـ ١ ، ص ٣٧٦ « (قوله وقيل) قال فى الذخيرة معزياً إلى القاضى علاء الدين فى شرح مختلفاته الأصح[١٧٤] عندى أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ، وفى بعضها يشترط سماع غيره ، مثلا فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع وسمع ، يكفى ، ولو سمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشترى ، لا يكفى . وفيما إذا حلف لا يكلم فلاناً ، فناداه من بعيد ، بحيث لا يسمع ، لا يحنث فى يمينه ، نص عليه فى كتاب الأيمان ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ، ولم يوجد اه قال فى النهر : أقول . ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل مايتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة كالنكاح اه[١٧٥] ولم يعول الشارح على هذا القول فعبر عنه بـ « قيل » تبعاً للفتح[١٧٦] حيث قال : « قيل الصحيح فى البيع . . » وكذا عبر عنه فى الكافى[١٧٧] ، لكن الأول ارتضاه فى الحلية[١٧٨] والبحر[١٧٩] ، وهو أوجه ، بدليل المسئلة المنصوصة فى كتاب الأيمان ، لأن الكلام من الكلم وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع ، فتكليمه فلاناً لا يحصل

---

(١٧٣) يلحظ أن نص الرحمتى قد عزى إلى صاحب الكافى أنه يقول برأى الكافى القائل بالاكتفاء بتصحيح الحروف ، وهذا ليس بصحيح ، إن صاحب الكافى يأخذ بقول الشيخين (ر : ٢٥ ب) والشيخان يقولان باشتراط سماع صاحب التعبير تعبيره .

(١٧٤) ر : هـ /٩٧ ، هـ / ٣٧ . (١٧٥) ر : هـ /١٢١ .

(١٧٦) ر : هـ /٧٨ . (١٧٧) ر : هـ /٤٠ .

(١٧٨) ر : هـ /١٩٤ .

(١٧٩) سنرى أن الرافعى ينفى ارتضاء صاحب البحر له صراحة .

إلا بسماعه ، وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين فى النكاح ، وسماع التلاوة فى وجوب السجدة على السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير ، تأمل[(١٨٠)] »

٧٥ ب — السندى (١٢٥٧ هـ) طوالع الأنوار على الدر المختار ، جـ ١ ، ص ٧٣٨ — ص ٧٣٩ : « ثم هذا الحد الذى ذكره الماتن للجهر والمخافتة هو قول الهندوانى فشرط فى المخافتة أنه لابد أن يكون مسموعاً له . . . وقال الكرخى . . . أدنى المخافتة تصحيح الحروف . . وفى البدائع ما قاله الكرخى أصح وأقيس[(١٨١)] (ويجرى ذلك فى كل ما يتعلق بنطق[(١٨٢)] كتسمية على ذبيحة) فلو خطرها بباله ، أو حرك بها لسانه ، وصحح الحروف ، لكنه لم يسمع نفسه ، لا تحل . . . (وقيل فى نحو البيع) كالتوكيل وعزل الوكيل[(١٨٣)] والإيصاء[(١٨٤)] ، يعنى جعل الآخر وصياً ، والتولية والنكاح والخلع والإجارة والهبة وغير ذلك من الأحكام التى

---

(١٨٠) يلحظ أن ابن عابدين صحح الشرط فى السماع فى باب القراءة فى الصلاة ولم يشر إليه فى باب البيع رغم أنه شريطة انعقاد .

ويلحظ ثانياً أن ازورار صاحب رد المحتار عن تضعيف شرط السماع أسوة بالحصكفى صاحب الشرح الذى يضع حاشيته على شرحه لدليل على استقلال ابن عابدين فى رأيه وهذا الاستقلال فى الرأى لا نلمسه إلا لدى القليل من الشراح أمثال ابن الهمام فى شرحه على الهداية ، ويظهر استقلال ابن عابدين إذا ما قورن كتابه بكتاب طوالع الأنوار للسندى الذى جاء بعد ابن عابدين والمثال الذى هو بين أيدينا شاهد على ذلك فبينا نجد شخصية ابن عابدين تظهر فى مواجهته لشرط السماع وانحيازه إلى جانب معين من الآراء التى عرضها فى شرحه نرى السندى يقتصر على استعراض الآراء المختلفة جميعاً ويؤثر فى النهاية تقليد صاحب الشرح .

(١٨١) ر : هـ / ٢١ .   (١٨٢) ر : هـ / ٥ .

(١٨٣) رأينا سابقاً أن التوكيل وعزل الوكيل تعبيران متلقيان مجمع عليهما (راجع ماسبق ، ف ١٥٨ ، ص ١٤٧) .

(١٨٤) رأينا سابقاً أن الإيصاء تعبير مختلف فى ضرورة إعلامه (راجع ماسبق ، ف ١٥٨ ، ص ١٤٧) .

لا يمكن الاقتصار فيها على واحد كرد السلام ، وتشميت العاطس (يشترط سماع المشترى) . وفى الذخيرة[١٨٥] معزياً إلى القاضي علاء الدين فى شرح مختلفاته ، أن الأصح عندى[١٨٦] أن فى بعض التصرفات ، يشترط سماعه ، وفى بعض التصرفات يشترط سماع غيره ، مثلا فى البيع لو أدنى المشترى صماخه إلى فم البائع ، يكفى . . ا هـ قال فى النهر : وينبغى أن يكون الحكم كذلك ، فى كل ما يتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح ا هـ[١٨٧] وقال فى الشرنبلالية[١٨٨] قدضعفه فى الكافى[١٨٩] حيث قال : وقيل الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه ... قال فى المحيط . الأصح قول الشيخين يعنى الهندوانى والفضلى اهـ[١٩٠] وقول الشيخين الشرط سماع نفسه ، قال السيد أحمد : ويترتب على ذلك أنه لو قال الآخر : قبلت ، فى نحو البيع ، وأسمع نفسه فقط ، فلا يجوز للبائع التصرف بعد ذلك. والحاصل أنهما قولان مصححان اهـ[١٩١] وقال الشيخ الرحمتى : ووجه ماصححه فى الكافى[١٩٢] ... ولعل الشارح أشار إلى عدم اختياره ، حيث أتى فيه بصيغة التمريض ، وهو قول « قيل » ، فتنبه[١٩٣] »

القرن الرابع عشر

(ج ت)

٧٦ ب — الرافعى (١٣٢٣ هـ) ، التحرير المختار لرد المحتار ، جـ ١ ، ص ٦٥ ، س ٢٥ : « (قوله لكن الأول ارتضاه فى الحلية والبحر) القصد الاستدراك على تضعيف ما ذكره فى الذخيرة ، بأنه ارتضاه فى البحر والحلية ، وأنه أوجه بدليل . لكن ليس فى البحر ما يدل على تصحيحه لهذا القول[١٩٤] وإن كان مجرد نقله

(١٨٥) ر : ١١ ب . (١٨٦) ر : هـ / ٩٧ .
(١٨٧) ر : هـ / ١٢١ . (١٨٨) ر : ٥٤ ب .
(١٨٩) ر : / ٢٥ ب . (١٩٠) ر : هـ / ٤٠ .
(١٩١) ر : هـ / ١٧٠ . (١٩٢) ر : ٧٣ ب .
(١٩٣) السندى هو المضعف السابع عشر ، ر : هـ / ٣٧ .
(١٩٤) ر : ٤٢ ب ، ولقد رجعنا بدورنا إلى فهرست مكتبة الأزهر للبحث عن كتاب الحلية الذى أشار إليه ابن عابدين ، فعثرنا على كتاب حلية الناجى ، =

بدون تضعيف له يشير إلى ارتضائه له ولا يترك صريح التصحيح بمجرد ذلك بل اللازم اتباع ما صرحوا بتصحيحه[195] وما ذكره من دليل أوجهية هذا القيل لا يفيد تصحيحه[196] فإن اشتراط سماع الغير فيما ذكره لدليل دل عليه وذلك أن الكلام مأخوذ من الكلم، وهو الجرح، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع وذلك لا يحصل إلا بسماعه ونحو ذلك يقال فيما اشترط فيه سماع الغير، بخلاف الإيجاب من البائع مثلاً فإنه ما أوجب للمشترى القبول، والموجب هو البائع، فالشرط وجود الفعل منه، وهو نطقة، وذلك بتصحيح الحروف سواء سمع الثانى أولا من الرحمتى[197] »

٧٧ ب — الدكتور شفيق شحاته، النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية، ف ١٤٣، ص ١٤٠ : « ويلاحظ أنه على وجه عام، يشترط أن يسمع الطرف الآخر إيجاب الموجب، ولكن لا يشترط بعد هذا سماع الموجب القبول[198] »

٧٨ ب — الدكتور عبد الرزاق السنهورى، مصادر الحق فى الفقه الإسلامى،

= وهو حاشية لمصطفى كوز الحصارى على شرح غنية المتملى لإبراهيم الحلبى لمتن منية المصلى للكاشغرى ولا ندرى إذا كان ابن عابدين يقصد تصحيح هذه الحلية بالذات .

ولدى التدقيق فى هذه الحلية وجدناها خالية من التصحيح الذى أشار إليه ابن عابدين . بل وجدنا فيها مايشعر بتضعيف شرط السماع جاء فيها « وقيل الصحيح أن فى بعض التصرفات يكتفى بسماعه، وفى بعضها يشترط سماع غيره، كما فى البيع والشراء (ر : ٤٤ ب) . »

(١٩٥) إن هذا التصحيح هو محل نظر، ر : ه / ٤٠ .

(١٩٦) الرافعى هو المضعف الثامن عشر وسنرى عند عرضنا لشرط السماع فى عقد النكاح أنه جنح إلى تضعيف شرط السماع فى القبول والإيجاب بخلاف موقفه هنا حيث يبدو أنه يميل إلى تضعيف شرط السماع فى كل من الايجاب والقبول (ر : ٤٨ ن) وفى رأينا ليس من مسوغ للتفرقة بين عقدى البيع والنكاح فى هذا الصدد .

(١٩٧) ر : ٧٣ ب .

(١٩٨) يلحظ أن تقرير هذا الحكم يعارضه العديد من النصوص التى أوردناها فى هذا العرض والتى توجب سماع الموجب للقبول فى التعاقد بين الحاضرين .

جـ ٢ ، ص ٥٦ : « فلا شك إذن [١٩٩] فى وجوب سماع الموجب القبول حتى ينعقد العقد ، وهذا فى التعاقد بين الحاضرين »

٧٩ ب — القانون المدنى السورى م ٩٢ (مصرى ٨٩) : « يتم العقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير [٢٠٠] عن إرادتين متطابقتين . . »

---

(١٩٩) إن نفى الشك عن شريطة وجوب السماع هو محل نظر ! والدليل على ذلك مايقارب العشرين تضعيفاً نالت من هذه الشريطة اعتباراً من صاحب الكافى أول المضعفين فى القرن الثامن حتى الشيخ عبد القادر الرافعى آخر هؤلاء المضعفين فى القرن الرابع عشر وهم : الكاكى (ر : هـ / ٥٢) الخوارزمى (ر : هـ / ٦٠) ، النسفى (ر : هـ / ٦٥) ، العينى (ر : هـ / ٦٨) ، الكمال (ر : هـ / ٧٧) ، الآمدى (ر : هـ / ٨٠) ، البرجندى (ر: هـ/٨٩) ، ملا إلياس (ر : هـ / ٩٦) ، الشلبى (ر: هـ / ١٠٣) ،الحموى (ر : هـ / ١٢٤) ، الشرنبلالى (ر : هـ/ ١٣٣) ، الحصكفى (ر : هـ / ١٤٢) ، الحلبى (ر : هـ / ١٥٠) ، أبو المكارم (ر : هـ / ١٥٧) ، كوز الحصارى (ر : هـ / ١٦٤) ، الرحتى (ر : هـ / ١٧١) ، السندى (ر : هـ / ١٩٣) ، الرافعى (ر : هـ / ١٩٥) . هذا بالإضافة إلى أن الفقه الشافعى مجمع على عدم اشتراط السماع(راجع ماسبق ،ف ١٢٧ ، ص ١١٧) .وسنرى أن شرط السماع فى الايجاب والقبول فى التعاقد بين الحاضرين فىعقد النكاح لم يسلم فى دوره من النقد .

(٢٠٠) يلاحظ أن هذه المادة أتت بتجديدين ، فهى :

أولا : وسعت مفهوم الصيغة ولم تقصرها على « الكلام » شأن النصوص السابقة

ثانياً : استتبع التوسيع السابق استبدال شريطة « التبادل » بشريطة « السماع » ذلك أن التبادل يتناول ، بالإضافة إلى السماع ، العلم والرؤية عندما يتم التعبير عن طريق الكتابة أو الإشارة .

ويلاحظ أخيراً أن هذه المادة سويسرية المنشأ ، على أن هذا لم يمنعنا من اعتبارها — فى ظل التقنين المدنى السورى — امتداداً لشريطة السماع ، لاتحادهما موضوعاً ، وإن اختلفا شمولا .

النص السويسرى المقابل للمادة ٩٢ سورى :

Le contrat est parfait lorsque les parties ont réciproquement et d'une manière concordante, manifesté leur volonté.

(د) تأصيل شرط السماع

بذل الفقهاء عناية خاصة فى بحث درجة إظهار التعبير اللفظى وذلك لأن اللفظ فى الفقه الإسلامى هو سيد التعبيرات وله المكانة الأولى ، فلا عجب إذا رأينا الفقهاء يولون درجة ظهوره عناية خاصة ويبحث الفقهاء عادة درجة ظهور التعبير فى كتاب الصلاة حيث يستفيضون فى بيان حدا لمخافتة فى القراءة جاعلين الحد المقرر هنا أصلا تجرى عليه أحكام صيغ المعاملات .

وتبدو خطورة بيان درجة ظهور اللفظ المطالو به بوجه خاص فى التعبيرات التى يستبد صاحبها بها كالرجعة ، والإيلاء ، والاستثناء والإقرار ، والإبراء والعتاق حيث تكون هذه الدرجة هى فيصل التفرقة بين انتاج التعبير أثره وعدمه .

و نتساءل الآن عن الحد الأدنى المطلوب لظهور التعبير اللفظى فما هو الحد الفاصل بين النطاق النفسى حيث لا يسأل فيه صاحب التعبير عن تعبيره مادام قد ظل مجرد حديث فى النفس ، وبين النطاق الخارجى حيث يعترف الشرع بوجود التعبير ويلزم صاحبه تبعاً لذلك ، بما يولده من آثار شرعية . وبعبارة أخرى إذا كان الصوت يتراوح بين الضعف والشدة ، والخفوت والجهر ، فما هى درجة الصوت المعتبرة شرعاً ، والتى تؤذن بانقداح الأثر .

قال أكمل الدين البابرتى : « اعلم أن أجزاء الكلمات المستعملة على اللسان على نوعين قراءة وكلام لأن الغرض منه إما أن يكون إفادة النسبة للمخاطب أولاً فإن كان الأول فهو الكلام وإلا فهو قراءة . وكل منهما على نوعين جهر ومخافتة وقد اختلفت علماؤنا فى الحد الفاصل بينهما .

فذهب الفقيه أبو جعفر الهندوانى إلى أن المخافتة هو أن يسمع نفسه ، ومادون ذلك مجمجة ودندنة ، ليس بكلام ولاقراءة . . .

وقال أبو الحسن الكرخى : أدنى الجهر أن يسمع نفسه ، وأدنى المخافتة تصحيح الحروف [1] (ر : ٢١ ب) »

---

(١) وفى العبادات تحتل درجة ظهور اللفظ أهميتها . ففى التسمية على الذبيحة تكون درجة ظهور التسمية فيصل التفرقة بين حل الذبيحة وحرمتها .

وفى القراءة فى الصلاة تكون درجة ظهور القراءة فيصل التفرقة بين صحة الصحة وعدم صحتها .

ونستعرض فيما يلى تفصيل هاتين النظريتين :

نظرية أبي الحسن الكرخي : يكون التعبير اللفظى قائماً شرعاً إذا صحح صاحبه الحروف بلسانه ، وأداها على وجهها ، ولم يسمع أذنيه ، ما دام وقع له العلم بتحريك اللسان ، وخروج الحروف من مخارجها .

وبناء على ذلك ، إذا قال الرجل لزوجته فى نفسه : « أنت طالق » ، وحرك لسانه ، ولم تسمع أذناه ، وقع الطلاق . وكذا لو جهر بطلاق زوجته قائلاً : « أنت طالق » ثم خافت بالاستثناء قائلاً : « إن شاء الله » فى نفسه . فهذا الاستثناء يعمل عمله ، ولو صدر غيرمسموع ، فيفضى إلى تمطيل صيغة الطلاق التى صدرت مسموعة ، فتبطل ، ولا يقع الطلاق . وكذا لو قال : « لفلان على ألف درهم » جهراً ، ثم قال : « إلا مائه » مخافتة بحيث لا يسمع نفسه ، يعمل الاستثناء عمله ، ويكون الإقرار بـ ٩٠٠ فقط .

الاستدلال : يقوم استدلال هذه النظرية على أن أداة الكلام هى اللسان فحسب ، وهو يتم بمجرد أداء هذه الأداة عملها ، فهذا العمل هو المقوم للكلام . أما السماع فهو عنصر خارجى عنه ، وهو ليس بجزء مقوم له . أضف إلى ذلك أن الشرع يعتبر تعبير الأصم قائماً رغم عدم سماعه له . فالتعبير إذن يجب أن يعتبر تاماً بمجرد خروجه من مخارجه ولا يضير بعد ذلك قصور سماع صاحبه عن سماعه ، ذلك أن هذا القصور ،حتى ولو كان من سميع ،لا يفيد انعدام التعبير . فالتعبير قائم بتحريك مخارجه . ويكفى للدلالة على ذلك إمكان تسجيله على جهاز مسجل قد يكون فى قدرته على التقاط الأصوات أرهف من أذن صاحب التعبير نفسه .

وقد وجه برهان الدين هذه النظرية بقوله : « حكى عن الكرخى أن [تصحيح الحروف] يجزئه لأن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتصحيح الحروف وإقامتها ، لا بالسماع ، فإن السماع فعل السامع . (ر : ١١ ب) » .

ووجه الكاسانى هذا الرأى بقوله : « وجه قول الكرخى : إن القراءة فعل اللسان ، وذلك بتحصيل الحروف ونظمها على وجه مخصوص ، وقد وجد ، فأما

سماعه نفسه ، فلا عبرة به ، لأن السماع فعل الأذنين ، دون اللسان ، ألا ترى أن القراءة نجدها تتحقق من الأصم ، وإن كان لا يسمع (ر : ٥ ب) » . ووجهه فى باب الاستثناء بقوله : « إن الكلام هو الحروف المنظومة ، وقد وجدت ، فأما السماع فليس بشرط لكونه كلاماً ، فإن الأصم يصح استثناؤه ، وإن كان لا يسمع . (ر : ٥ ب/١) » .

ووجهه الأتقانى بقوله : « وقيل الكتابة لا تسمى قراءة ، وإن وجد فيها تصحيح الحروف ، لأن الصوت لم يوجد ، أقول هذا لا يرد على الشيخ أبى الحسن لأنه لم يجعل مطلق تصحيح الحروف باللسان قراءة ، حتى ترد عليه الكتابة ، بل جعل تصحيح الحروف باللسان قراءة ، والكتابة يحصل بها تصحيح الحروف ، لا باللسان بل بالقلم ، فلا يسمى قراءة لأجل هذا ، وقيل الكلام فعل اللسان مع الصوت وإقامة الحروف . أقول : التقييد بالصوت اصطلاح من عند هذا القايل فلا يكون حجة على غيره فلا نسممه ، على أنا نقول الكلام معنى ينافى السكوت والخرس والآفة ، وبتصحيح الحروف يحصل هذا المعنى ، فلا يحتاج إلى الصوت (ر : ٢٠ ب) » .

ووجهه البابرتى بقوله : « وأدنى المخافة تصحيح الحروف ، لأن القراءة فعل اللسان دون الصماخ ، فإن الأطرش يتكلم ولا يسمع ، فهو [الكرخى] كما ترى جعل المخافتة من الكيفيات المبصرة . . واعترض عليه بأن الكتابة يوجد فيها تصحيح الحروف ، ولا تسمى قراءة لعدم الصوت ، وهو فاسد ، لأنه لم يجعل تصحيح الحروف مطلقاً قراءة ، بل تصحيح الحروف باللسان قراءة . ألا ترى إلى قوله لأن القراءة فعل اللسان . (ر : ٢١ ب) » .

أنصار هذه النظرية : « أبو بكر الأعمش (ر : ١١ ب) أبو يوسف ، أبو مطيع ، إبراهيم النخعى ، أبو نصر[١] ، مالك[٢] ، البابرتى (ر : ٢١ ب) محمد ، القدورى ، أبو حس النووى (ر : ٤٠ ت) ، المنتابى ، زين الدين بن نجيم (ر : ٥٦ ب) ، الكاسانى (ر : ٥ ب) ، الاتقانى (ر : ٢٠ ب) .

---

(١) شرح القدورى للزاهدى ، ق ٧٩ .
(٢) مالك بن أنس توفى ١٧٩ .

نظرية أبى جعفر الهندوانى : لا يكون التعبير وفق هذه النظرية قائماً شرعاً إلا إذا سمعه صاحبه . أما تصحيح الحروف وتحريك اللسان وخروج الحروف من مخارجها فلا عبرة له ، ما دام لا يرافقه صوت مسموع ، فالصوت هو عنصر مقوم فى التعبير يوجد التعبير بوجوده ، وينعدم بانعدامه ، وسواء بعد ذلك أكان هذا الوجود حقيقياً كما لو سمع صاحب التعبير تعبيره فعلاً . أو كان وجوداً حكمياً كما لو منع من سماعه مانع داخلى كالصمم أو خارجى كجلبة أصوات أحاطت بالتعبير فاختلط بها .

وينبنى على هذه النظرية أن السيد لو قال لعبده : « أنت حر » ، وحرك لسانه بالصيغة ، دون أن تسمعها أذناه ، فالصيغة غير معتبرة ، والعتاق لا يقع .

وكذلك لو قال السيد لعبده : « أنت حر » بصورة مسموعة ، ثم قال فى نفسه : « إن شاء الله » محركاً لسانه بالشرط دون أن تسمعه أذناه . فهذا الشرط الغير مسموع غير معتبر . وتغدو صيغة العتاق المسموعة نافذة لا يعطل عملها الشرط الذى لم يبلغ درجة الظهور المعتبرة شرعاً .

وكذلك لو قال الرجل لآخر جهراً : « لك علىّ ألفا درهم » ثم قال : « إلا مائة » بصورة خافتة غير مسموعة من صاحب التعبير ، فالاستثناء يعتبر معدوماً لكونه غير مسموع من صاحبه .

استدلالها : وجه برهان الدين قول الهندوانى بقوله : « وحكى عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى والشيخ الجليل أبى بكر محمد بن الفضل رحمهما الله أنه لا يجزئه ما لم يسمع نفسه ، وبه أخبر عامة المشايخ ، لأن حد الكلام ما هو مسموع مفهوم . ألا ترى أن ألحان الطير لا يسمى كلاماً مع أنه مسموع ، لأنه ليس بمسموع (ر : ١١ ب) » .

ووجه الكاسانى هذا الرأى بالاستناد إلى العرف فقال : « إن مطلق الأمر بالقراءة ينصرف إلى المتعارف ، وقدر ما لا يسمعه هو لو كان سميعاً لم يعرف قراءة . وقال أيضاً : إن الكلام فى العرف اسم لحروف منظومة دالة على ما فى ضمير المتكلم ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع (ر : ٥ ب) » .

ووجه هذا الرأى فى بحث الاستثناء فى الطلاق قال : « إن الحروف لا تتحقق بدون الصوت ، فالحروف المنظومة لا تتحقق بدون الأصوات المتقطعة بتقطيع خاص ، فإذا لم يوجد الصوت ، لم تعرف الحروف ، فلم يوجد الكلام ، فلم يكن الاستثناء (ر : ٥ ب/١) » .

وقال الكاكى : « احتج من قال لا يجوز مالم يسمع نفسه بأن القراءة كلام ، وهو عبارة عما يظهر المرء فى ضميره ، ولهذا قيل اللسان ترجمان القلب ، وذلك لا يكون إلا بصوت مسموع وحروف مفهومة ، لأن الكلام لا يوجد مع إقامة الحروف ، كالكتابة فإنها لا تسمى كلاماً ، وإن وجد إقامة حروف مفهومة مظهرة لما فى الضمير (ر : ١٩ ب) . »

وقال البابرتى : « إن المخافتة هو أن يسمع نفسه ، ومادون ذلك مجمجة ودندنة ، ليس بكلام ولاقراءة ، ولأن مجرد حركة اللسان بدون الصوت لا تسمى قراءة لا لغة ولا عرفاً (ر : ٢١ ب) . »

وقال الكمال بن همام : «واعلم أن القراءة وإن كانت فعل اللسان لكن فعله الذى هو كلام ، والكلام بالحروف ، والحروف كيفية تعرض للصوت ، وهو أخص من النفس . فإنه النفس المعروض بالقرع فالحرف عارض للصوت لا للنفس ، فمجرد تصحيحها بلا صوت إيماء إلى الحروف بعضلات المخارج ، لاحروف ، فلا كلام . (ر : ٣٠ ب) . »

وقال سرى الدين : «وبيانه أن المتكلمين اختلفوا فى مسمى اللفظ فقيل الصوت . واختاره البيضاوى فى تفسيره وقيل كيفية الصوت ، وبه قال فى الطوالع[1] وذهب ابن سينا إلى أنه المجموع المركب ، واختاره فى شرح المقاصد . والصوت كيفية تحدث

(١) جاء فى متن الأصفهانى على حاشية شرح الطوالع للسيد شريف ، ص ٩٠ ، س ٣٥ : « الحروف كيفيات تعرض للاصوات فيتميز بعضها عن بعض فى الثقل والخفة ، وهى تنقسم إلى مصوتة وهى حروف المد واللين ، وإلى مصمتة وهى ما عداها . والمشهور أن السبب الأكثرى للصوت تموج الهواء بقرع أو قلع عنيف ، وأن الإحساس به يتوقف على وصول الهواء إلى الصماخ لأنه يميل بهبوب الريح ، ويتخلف عن مشاهدة السبب ، كما فى ضرب الفأس ولأنه لو وضع طرف أنبوبة على صماخ إنسان وتكلم لم يسمع غيره ، وأنه محسوس به فى الخارج وإلا لما علمت جهته . »

يي الهواء بسبب تموجه المعلول للقرع الذى هو إحساس عنيف ، أو القلع ، الذى هو تفريق عنيف بشرط مقارنة المقروع للقارع والمقلوع للقالع[1] . »

وقال القهستانى : « النطق فى المتعارف أصوات مقطعة يظهرها اللسان ، وتعيها الآذان ، ولا يكاد يقال إلا للإنسان (ر : ٤٠ ب) . »

وقال الهروى : « الحرف صوت يعتمد على مخرج محقق أومقدر ، فلايتحقق بدون السمع ، وغيره يكون خاطراً وخيالا (ر : ٤٨ ب) . »

أنصار هذه النظرية : قال بها الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل البخارى وبها أخذ عامة المشايخ (ر : ١١ ب) واختارها شيخ الإسلام وقاضيخان وصاحب المحيط والحلوانى (ر : ١٩ ب) وصححها كل من صاحبي الوقاية والنقاية (ر : ٤٦ ب) وهى موافقة لما ذكر فى الجامع الصغير وهو آخر التصنيفين (ر : ٥٥ ب) وعن الشيخ أبى القاسم الصفار أنه لايجوز مالم يسمع نفسه (ر : ٥ ب) وقال الحدادى الهندوانى هو الصحيح (ر : ١٨ ب) وقال الزيلعى الهندوانى أصح (ر : ٢٦ ب) وقال ابن عابدين إنه قول الشافعى (ر : ٧٤ ب) وهو قول مالك[2] وقال سعدى شلبي لا بد أن يسمع (ر : ٤٣ ب) أحمد بن حنبل[3] وقال الكاسانى « الصحيح ماذكره أبو جعفر الهندوانى »

ويؤخذ على صاحب البدائع أنه صحح كلا من الرأيين (رأى الكرخى ورأى الهندوانى) فهو فى باب الاستثناء انحاز إلى جانب النظرية الثانية قال : « الصحيح ما ذكره أبو جعفر الهندوانى » وفى باب الصلاة انحاز إلى جانب الكرخى قال : « ما قاله الكرخى أقيس وأصح »[4] .

نظرية بشر بن غياث المريسى : يذهب بشر المريسى إلى عدم اشتراط سماع صاحب التعبير لتعبيره سماعاً حقيقياً بل يكتفى باشتراط السماع الحكمى بأن يكون الصوت قابلا للسماع .

---

(١) حواشى سرى الدين على الهداية وشرحها لأكمل الدين ، ق ٣٧ .

(٢) القوانين الفقهية ، ص ٦٧ ، س ٧ .

(٣) رد المحتار ، جـ ١ ، ص ٣٧٥ : « واختار فى الفتح أن قول الهندوانى يتحد مع قول بشر بن غياث المريسى . وقول بشر أنه إن كان بحال لوادنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه سمع كفى وإلا فلا . وجاء فى رد المحتار أن قول بشر كقول ابن حنبل . »

(٤) ر : هـ / ٢١ .

جاء فى البدائع : « وعن بشر بن غياث المريسى أنه قال : « إن كان بحال لو أدنى رجل صماخ أذنيه إلى فيه سمع كفى وإلا لا (ر: ٥ب) » .

وتقف نظرية المريسى إلى جانب نظرية الهندوانى فتتساهل الأولى فتشترط إمكان السماع وتتشدد الثانية فتشترط السماع الحقيق .

وقد وقف الفقهاء إزاء هذه النظرية الثالثة موقفين متمايزين :

١ — فمنهم من أرجعها إلى نظرية الهندوانى فاعتبر مآل النظريتين واحداً .

٢ — ومنهم من اعتبرها نظرية مستقلة عن نظرية الهندوانى .

وقد ذهب إلى الرأى الأول الكمال بن همام وذهب إلى الرأى الثانى ابن نجيم .

قال صاحب الفتح : « الحرف عارض للصوت لا للنفس فمجرد تصحيحها [القراءة] إعطاء إلى الحروف بعضلات المخارج ، لا حروف ، فلا كلام . بقى إن هذا لايقتضى أن يلزم فى مفهوم القراءة أن يصل إلى السمع ، بل كونه بحيث يسمع ، وهو قول بشر المريسى ولعله المراد بقول الهندوانى بناء على أن ظاهره سماعه بعد وجود الصوت إذا لم يكن مانع (ر : ٣٠ ب) . »

وقال صاحب البحر رداً على الكمال : « اختار [الكمال] أن قول بشر قول الهندوانى وهو خلاف الظاهر ، بل الظاهر من عباراتهم أن فى المسئلة ثلاثة أقوال .

قال الكرخى : إن القراءة تصحيح الحروف وإن لم يكن الصوت بحيث يسمع .

وقال بشر : لابد أن يكون بحيث يسمع .

وقال الهندوانى : لابد أن يكون مسموعاً له .

زاد فى المجتبى فى النقل عن الهندوانى أنه لا يجزئه مالم تسمع أذناه ومن بقربه ونقل فى الذخيرة أن الأصح هذا . ولاينبغى أن يجعل قولا رابعاً بل هو قول الهندوانى الأول وفى العادة أن ما كان مسموعاً له يكون مسموعاً لمن هو بقربه (ر : ٤٧ ب) » .

وقال صاحب الفتاوى الرملية فى الرد على صاحب البحر وتأييد صاحب الفتح ما يلى : « هذا ودعوى خلاف الظاهر — كما قاله الكمال — بعيد إذ أغلب الشراح لم

ينقلوا فى المسئلة قولا ثالثاً بل اقتصروا على ذكر قول الـكرخى والهندوانى مع ظهور وجه ما قال الـكمال وكونه وسطاً . إذ يبعد اشتراط حقيقة السماع مع أنه يختلف باختلاف آلته وربما تختلف مع حقيقة الجهر ولا بعد فى إرادته تقليلا للأقوال بل إذا ادعى وجوب المصير إليه فهو متجه بدليل أن من به صمم لا يسمع نفسه إلا باستعمال ما هو جهر فى حق غيره وقد لا يتهيأ معه له ذلك مع ما فيه من الرفق وعدم الحرج فانه مع التعويل على قول الهندوانى وعدم اعتبار ماسواه من الأقوال لو أخذ فيه هذا الشرط لزم عدم صحة أكثر الصلوات من كل خاص وعام فتبين صحة ما استظهره الـكمال بن همام .

والحاصل أن يقال: فى المسئلة قولان · قول الـكرخى، وقول الهندوانى والاعتماد على قول الهندوانى . والله أعلم (ر : ٤٧ ب) . »

نظرية شمس الأئمة الحلوانى : تذهب هذه النظرية إلى أنه لا يكفى أن يصحح صاحب التعبير حروف تعبيره كما يقول الـكرخى ، ولا يكفى أن يسمع صاحب التعبير تعبيره أو يكون بحيث يسمع كما ذهب إليه الهندوانى بل لابد من سماع من هو بقرب به

وقد وقف الفقهاء من هذه النظرية موقفين متمايزين شأنهم فى موقفهم مع نظرية المريسى فنهم من ذهب إلى أنها نظرية مستقلة ومنهم من ذهب إلى أنها ملحقه بنظرية الهندوانى .

ذهب إلى الرأى الأول صاحب المحيط وتبعه القهستانى (ر : ٤٠ ب)

وذهب إلى الرأى الثانى ابن عابدين ، وصاحب الحلية ، والبحر .

قال برهان الدين : « قال الشيخ الإمام الأجل شمس الأئمة الحلوانى والأصح أنه [التصحيح] لايجزئه مالم يسمع نفسه ويسمع من يقرب به (ر : ١١ ب) »

وجاء فى رد المحتـار : « ونقل فى المجتبى عن الهنداونى أنه لا يجزئه مالم تسمع أذناه ومن بقرب به ، وهذا لا يخالف مامر فى الهندوانى ؛ لأن ما كان مسموعاً له يكون مسموعاً لمن فى قربه ؛ كما فى الحلية والبحر (ر : ٧٤ ب) . »

نخلص من ذلك ثانية إلى ما انتهى إليه صاحب الفتـاوى الرملية من أن فى المسألة قولين .

بعد أن عرفنا أن نظريات حد المخـافتة فى قراءة الصلاة تنحصر فى نظريتين نظرية الـكرخى ونظرية الهندوانى نشير هنا إلى أن الفقهاء الأحناف يكادون يجمعون على أن الأصل الذى قررته هاتان النظريتان يطبق نفسه فى درجة ظهور التعبير المطلوبة فى نطاق المعاملات ولقد تتبعنا نصوص الفقه الحنفى فوجدناها تكاد تجمع على أن الخلاف فى هاتين النظريتين هو نفسه قائم فى المعاملات (ر : هـ/٥)

ولقد أشرنا سابقاً إلى ما يكتنف هذا القياس من نقد (ر : هـ / ٢٠)

موقفنا من هاتين النظريتين : إننا لا نرى تأسيس مفهوم النطق فى نطاق العبادات ونطاق المعاملات على أساس واحد كما جرى عليه الفقهاء ، بل نرى الفصل بين هذين النطاقين ، ونرى من حيث المبدأ الأخذ بنظرية الـكرخى فى النطاق الأول ، وبنظرية الهندوانى فى النطاق الثانى وفى نطاق التعبيرات الملقاة فحسب ، بل نحن نذهب إلى أبعد مما ذهب إليه الـكرخى فى نطاق العبادات ، فنرى ما يراه المذهب الأباضى[1] بالاقتصار على تـكييف الحروف دون تحريك اللسان . وما ذلك إلا لأن القراءة الحقيقية فى الصلاة هى قراءة الإمعان والتروى والتفـكير[2] وهذه القراءة كما تتحقق باللسان تتحقق بالقلب بل إن تحقيقها بالقلب أعمق فهماً وأبقى أثراً ، ثم إن الصلاة نفسها ترتـكز على خروج الإنسان من هذا العالم المادى المحسوس إلى عالم الروح والفـكر حيث يتحرر الإنسان من المادة والحس . وسماع القراءة ليس إلا جزءاً من هذا العالم المحسوس ، فلا وجه إذن للالزام به ما دام قد قام تمعن القلب بفحواه مقام السماع ، والقلب هو محور العبادات .

وفى نطاق المعاملات نرى الأخذ بنظرية الهندوانى ذلك لأن محور هذه التصرفات ليس هو القلب وآية ذلك أن الفقهاء اتفقوا على أن عزم القلب وحده لا ينشئها ، بل محورها دليل القلب وهو اللسان ولما كانت حركات اللسان وحدها غير منضبطة إذ ثبت فى علم النفس أن أفكار الإنسان تحاول دوماً أن تنقلب إلى عمل Idéo-motrice وغالباً ما نرى الإنسان يحرك شفتيه عندما يحدث نفسه عن أمر يريده ، ولما كان

---

(١) شرح النيل ، جـ ١ ، ص ٣٩٠ .

(٢) راجع مقارنة المذاهب فى الفقة عمل الأستاذ محمود شلتوت ومحمد على السايس ، ص ٣٠ .

تحريك اللسان موضع التباس وإبهام قد يختلط مع عزيمة القلب ، لذلك فإننا نراه لا يصلح ضابطاً لظهور العزيمة فى الخارج ، لغموضه وعدم انضباطه ، ونرى ضابط الهندوانى الذى يستلزم وجود الصوت أكثر وضوحاً وظهوراً وألصق بنزعة الشريعة الإسلامية التى تبنى أحكامها على الأمور الظاهرة المنضبطة ، فالصوت هو كاشف ينبىء عن تخطى التعبير لعتبة النفس . فحرى به أن يكون عنصراً مقوماً للتعبير ، ما دام التعبير ينعدم بانعدامه ، ويوجد بوجوده .

(ه) شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين الحاضرين

عقد البيع

بعد أن عرفنا الأصول التى بنى عليها الفقهاء درجة ظهور التعبير بصورة عامة ، ننتقل إلى الكلام فى شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى التعاقد بين الحاضرين ، فنبحث فى النواحى الآتية : (١) رائد هذا الشرط . (٢) دور القاضى علاء الدين فى إيجابه . (٣) تطوره . (٤) موقف الفقهاء من هذا الشرط .

(١) **رائد هذا الشرط** : لقد رأينا فى مطلع العرض السابق أن أول قائل بهذا الشرط هو أبو نصر البلخى المتوفى عام ٣٠٥ ه ، وأن أول كتاب نص عليه هو كتاب « النوازل » لأبى الليث السمرقندى ، فقد جاء فى هذا الكتاب :

« وسئل أبو نصر عن رجل قال لرجل : « بعنى عبدك » فقال : « بعت » . فقال المشترى « اشتريت » ، ولم يسمع قول المشترى .

قال : للبائع أن ينقض البيع ما لم يكن جوابا يسمع (ر : ا ب) . »

ومن المؤسف حقاً أن يظل مؤسس هذا الشرط أبو نصر البلخى ورائده مغموراً خلال التاريخ الطويل لشرط السماع ، لا يجد لدى الشراح والمحشين ، ممن تعاوروا هذا الشرط تقوية أو تضعيفاً ، إشارة إليه أو تنويها بذكره ، وإنه ليدهش المتتبع للنصوص حقاً أن يصادف فيها سكوتاً مطبقاً عن عزو هذا الشرط إلى رائده وتصريحاً

بإسناده إلى مصدر آخر هو القاضي علاء الدين ، فما هو السر في هذا الالتباس ؟ وما هو مصدره ؟..

(٢) دور القاضي علاء الدين في إيجابه : إذا رجعنا إلى كتاب « المحيط » نجد فيه إشارة واضحة إلى أن مؤسس هذا الشرط هو القاضي علاء الدين . جاء في المحيط :

« وذكر القاضي الإمام علاء الدين رحمه الله في شرح مختلفاته أن الصحيح عندي أن في بعض التصرفات يكتفي بسماعه ، وفي بعضها يشترط سماع غيره ؛ مثلا في البيع : لو أدنى المشتري صماخة إلى فم البائع وسمع يكفي ، ولو لم يسمع البائع نفسه ، ولم يسمعه المشتري لا يكفي ومنها إذا حلف لا يكلم فلاناً ، فناداه من بعد بحيث لا يسمع لا يحنث في يمينه نص على هذا في كتاب الإيمان ، لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ، ولم يوجد . (ر : ١١ ب) . »

وتفيد جملة « أن الصحيح عندي » الواردة في هذا النص وفي النصوص الأخرى التي نقلت عنه والواردة في الشروح والحواشي[1] أن القاضي علاء الدين هو مبتدع لنظرية اشتراط سماع كل من العاقدين كلام الآخر . فهل هو حقاً مبتدع لها ، كما يفيد النص الآنف الذكر ، أم أنه متبع مقلد كما يشير إليه العرض التاريخي الذي يفيدنا بأن الرائد الحقيقي لهذا الشرط هو أبو نصر البلخي ؟

إننا نميل إلى الأخذ بما أفضى إليه مطافنا التنقيبي التاريخي في كتب المذهب . هذا المطاف الذي أنهانا إلى مولد هذا الشرط في مطلع القرن الرابع الهجري لدى أبي نصر البلخي . هذا وإذا عرفنا أن تاريخ وفاة القاضي علاء الدين هو في منتصف القرن السادس (٥٥٣) وأن الفاصل الزمني بينه وبين أبي نصر (توفي ٣٠٥) يقارب القرنين والنصف ، أدركنا أن فضل السبق في دبج هذه النظرية يعود إلى أبي نصر البلخي ، لا إلى القاضي علاء الدين .

ولئن أفاد نص القاضي علاء الدين أنه أول قائل بهذا الشرط ، فرد ذلك قد يكون بجهل علاء الدين بفتوى البلخي في هذا الاشتراط .

(١) ر : هـ / ٣٧ .

أما العامل الذى حدا بالفقهاء والشراح الذين تناقلوا هذا الشرط إلى إغفال ذكر أبى نصر البلخى فرده فى نظرنا إلى ذيوع شهرة المحيط كما يشير إلى ذلك العرض السابق[1] .

(٣) **تطور شرط السماع** : لئن كانت فتوى أبى نصر البلخى تتناول شريطة السماع فى القبول فقط ، فقد جاءت الكتب بعدها توسع هذه الشريطة متطلبة إياها فى كل من الإيجاب والقبول . ويبدو أن هذا التوسيع كان محل إجماع الفقهاء آنذاك . وكان أول كتاب أشار إلى ذاك التوسيع وهذا الإجماع هو الفتاوى الصغرى للصدر الشهيد ، فقد جاء فيه فى معرض تمداده شرائط انعقاد البيع قوله : « ومنها سماع المتعاقدين كلامهما ، وهو شرط انعقاد البيع بالإجماع (ر : ٢ ب) » ثم جاءت الكتب بعده تترى تردد هذا الإجماع وذاك التوسيع[2] .

هذا ولقد رأينا أيضاً أن أول كتاب أشار إلى طريقة إثبات السماع هو كتاب مجموع النوازل للكشى ، فقد جاء فيه : « ولو سمع أهل المجلس ، وهو يقول ما سمعت ، وليس فى أذنه وقر ، لا يصدق فى القضاء (ر : ٤ ب) » . ثم رأينا صاحب الحاوى القدسى يضيف إلى شريطة السماع شريطة أن يفهم كل من المتعاقدين كلام الآخر (ر : ٧ ب) .

وأخيراً وجدنا محاولة فى القنية ترمى إلى إشراك حاستين فى التعاقد : حاسة السماع كما تشير الشريطة الأولى وحاسة الرؤية كما ترمى إليه المحاولة الجديدة . ونجد هذه المحاولة التى ترمى إلى اشتراط رؤية كل من العاقدين العاقد الآخر فى كتاب القنية (ر : ٥٢ ب / ١) بيد أن هذه المحاولة — لحسن الحظ — لم تسد . وإلا لكان تعذر تقبل التعاقد بالمكاتبة وعن طريق الهاتف .

ويلاحظ أن جميع التطورات السابقة قد تمت قبيل نهاية القرن السادس الهجرى ثم تخطى شرط السماع — على وضعه الذى تكامل فيه فى القرن السادس رقاب القرون

---

(١) ر : ه / ٣٣ و ه / ٣٧ .
(٢) ر : ه / ٧ ، ه / ٣٩ ، ه / ٦٨ ، ه / ٧٠ ، ه / ٩٨ ، ه / ١١٠ .

حتى وصل إلى عصرنا هذا ، لم تضف إليه القرون العديدة التى مرت عليه سوى الشيء القليل ، نكاد نلمسه فى تعليل لهذا الشرط نجده لدى القهستانى فى القرن العاشر الذى قال فى تسويغه « يشترط سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر كما فى المحيط لأن اللفظ من الأصوات المسموعة المدركة بالسمع لا بمحض التعقل (ر : ٤٠ب/١)»[1]

(٤) **موقف الفقهاء من شرط السماع** : اتخذ الفقهاء والشراح من شرط السماع أحد مواقف ثلاثة فنهم من ارتضى هذا الشرط ، ومنهم من ألقى الشك حوله ومنهم من صرح بتضعيفه ومنهم من تبدى اضطراب نصوصه فى صدده . ونستعرض فيما يلى هذه الاتجاهات الثلاثة :

(ا) **المرتضون لشرط السماع** : إذا ألقينا نظرة على العرض التاريخى نجد العديد من الفقهاء ممن تقبل هذا الشرط وارتضاه وندرج فيما يلى أسماء المرتضين حسب تسلسلهم التاريخى ونشير قبل ذلك إلى قاعدة مقررة فى عزو الآراء لدى الفقهاء وهى أن الفقيه الذى ينقل فى كتابه رأيا لفقيه آخر دون تضعيف له يعتبر مرتضيا له بمجرد نقله[2] أما هؤلاء الفقهاء فهم : السمرقندى (١ ب) ، الصدر الشهيد (٢ ب) ، الكشى (٤ ب) ، العتابى (٦ ب) ، الحاوى القدسى (٧ ب) ، ظهير الدين (١٢ ب) ، السجستانى (١٣ ب) أبو المكارم (١٦ ب) ، أبو القاسم (٢٨ ب) ، الشمنى (٣٣ ب) ، يعقوب باشا (٣٥ ب) ، قهستانى (٤٠ ب) ، ابن نجيم (٤٢ ب/١) ، الفتاوى الهندية (٤٦ ب/١) الهروى (٤٨ ب/١) القزانى (٤٩ ب) ، القدسى (٥٠ ب/١) عبد الحليم (٥٦ ب/١) ، شيخ زادة (٥٧ ب) ، أبو السعود (٦٤ ب) الأدرنوى (٦٥ ب) الطحطاوى (٧٢ ب/١) .

(ب) **أزمة شرط السماع** : صادف شرط السماع عند مروره فى كتاب الكافى

---

(١) ولعل هذا يؤيد ما ذهب إليه الأستاذ شفيق شحاته من أن أسس الفقة الإسلامى « بقيت ثابتة كما كانت من المبسوط إلى رد المحتار (راجع النظرية العامة فى الالتزامات فى الشريعة الإسلامية (ف ٢٣ ، ص ٦٩) . »

(٢) ر : ٧٦ ب .

للفقيه الكبير حافظ الدين النسفي أزمة خطيرة ترجع إلى شك ألقاه هذا الفقيه حول قوة هذا الشرط عندما عزا — خطأ — إلى صاحب المحيط تضعيفه له، وترجيحه لرأي الشيخين الهندواني والفضلي القائلين بأن التعبير يقوم بمجرد سماع صاحبه له.

جاء في الكافي :

« وأدنى المخافتة أن يصحح الحروف، وقال الهندواني والفضلي . . . وأدنى المخافتة أن يسمع نفسه، إلا لمانع . . . وعلى هذا الاختلاف كل ما يتعلق بالنطق كالعتاق والطلاق والاستثناء والتسمية على الذبيحة والإيلاء والبيع . . . وقيل الصحيح في بعض التصرفات يكفي سماعه، وفي بعضها شرط سماع غيره، كما في البيع .

قال صاحب المحيط الأصح قول الشيخين (ر : ٢٥ ب) » .

ولقد كان هذا العزو المشار إليه في النص آنف الذكر — والذي ثبت لدينا خطؤه إبان تحقيقنا للعرض التاريخي لشرط السماع[1] — ذا أثر واضح لدى الشراح والمحشين الذين أتوا بعده لما يتمتع به كل من النسفي وصاحب المحيط والشيخان من مكانة كبيرة بين بناة الفقه الإسلامي .

ولقد كان من آثار مضاعفات هذه الأزمة أن انطلقت سهام التضعيف تترى على هذا الشرط تجريحاً[2] منذ مطلع القرن الثامن حيث انقدحت في كافي النسفي حتى أواسط القرن الثالث عشر حيث لقي هذا الشرط معارضة شديدة على يد الشيخ مصطفى الرحمتي الأنصاري الذي أقدم على إنكاره بجـــرأة وصراحة لأول مرة في تاريخه .

تضعيف الشيخ الرحمتي لشرط السماع : لم يستند الشيخ الرحمتي في تضعيفه لشرط السماع إلى حجة نقلية بل سعى إلى تحليل كلام القاضي علاء الدين الذي يأخذ

(١) ر : هـ / ٤٠ .

(٢) راجع الكتب التي ورد فيها الشرط مضعفاً في العرض السابق في الهوامش الآتية : (٥٢ ، ٦٠ ، ٦٥ ، ٦٨ ، ٧٧ ، ٨٠ ، ٨٩ ، ٩٦ ، ١٠٣ ، ١٢٤ ، ١٣٣ ، ١٤٢ ، ١٥٠ ، ١٥٧ ، ١٦٤ ، ١٧١ ، ١٩٣ ، ١٩٥) .

بهذه النظرية . ونحن إذا ما رجعنا إلى نظرية هذا القاضى نراه يقرر حكمين : الحكم الأول : إن تعبير البائع يجب أن يكون مسموعا من المشترى . الحكم الثانى : وهو أن كلام الحالف يجب أن يكون مسموعا من المحلوف عليه . ولقد جاء الحكم الأول فى هذا النص عاريا من التعليل ، أما الحكم الثانى فقد علله صاحبه بقوله : « لأن شرط الحنث وجود الكلام معه ، ولم يوجد » .

ولقد سلم الرحتى بالحكم الثانى المعلل الذى أتى به القاضى علاء الدين وقرر أن الحالف لا يحنث فى كلامه مع المحلوف عليه إلا إذا كان كلامه مسموعا من هذا الأخير ، ووجه قول علاء الدين بقوله : « لأن الكلام مأخوذ من الكلم وهو الجرح سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع وذلك لا يحصل إلى بسماع » .

أما الحكم الأول الذى أتى به القاضى علاء الدين والذى يقضى بأن إيجاب البائع لا يعتبر قائماً ما لم يكن مسموعا من المشترى ، فقد كان نصيبه عدم التسليم والرفض من السيد الرحتى ، كما كان نصيبه التضعيف من حافظ الدين النسفى وغيره من الفقهاء الذين ارتضوا تضعيفه .

قال الشيخ الرحتى فى تعليله : « ووجه ما صححه فى الكافى أن الإيجاب من البائع مثلا ما أوجب به للمشترى بالقبول والموجب هو البائع ، فالشرط هو وجود الفعل منه ، وهو نطقه ، وذلك فى تصحيح الحروف سواء سمع الثانى أو لا » .

وكأن الشيخ الرحتى يريد أن يقول « إن الإيجاب معناه الإثبات ، وإذا كان البائع يثبت للمشترى الحق فى القبول فهو فى هذا يمنحه حقاً وليس إثبات هذا الحق للآخر بحاجة إلى علمه ما دام غير ملزم له وإذا كان الفقه الإسلامى فى قواعده الكلية قد نص على عدم إلزام أحد بتملك شىء بدون رضاه لما قد يترتب على هذا التملك من التزامات فليس فيه ما يدل على عدم إلزام آخر بتملك شىء بدون علمه ، ما دام هذا التمليك يتمحض لمنفعته .

ونحن إذا ما رجعنا إلى الضابط الذى وضعه الفقه الإسلامى لاشتراط العلم نراه

يرتكز على مبدأ الحديث الشريف : « لا ضرر ولا ضرار » بحيث يفضي تعبير ما إلى ضرر الغير ينبغي إعلام الغير به ، وحيث يفضي تعبير ما إلى نفع الغير فليس ثمة من حاجة إلى علمه به . والعلة تدور حول المعلول وجوداً وعدماً . وإذا كان الإيجاب كما رأينا يفضي إلى نفع القابل لأنه يثبت له الحق في القبول فليس يفتقر هذا الإيجاب إلى علم القابل مادام يورثه نفعاً لا ضراً .

وبناء على ما تقدم لا مجال لقياس تعبير الموجب على كلام الحالف كما ذهب إليه القاضي علاء الدين بل إن ثمة اختلافا بينهما لا يسوغ حشرهما في زمرة واحدة وهي زمرة الألفاظ المسموعة بل يسوغ التفريق بينهما ودمج الأول في زمرة التعبيرات الملقاة والحاق الثاني في زمرة التعبيرات المتلقاة .

قال الشيخ الرحمتي مشيراً إلى هذا الاختلاف : « ووجه ما صححه في الكافي أن الإيجاب من البائع مثلا ما أوجب به للمشتري القبول والموجب هو البائع فالشرط وجود الفعل منه وهو نطقه وذلك في تصحيح الحروف سواء سمع الثاني أو لا . بخلاف ما لو حلف لا يكلمه ، فإن الكلام مأخوذ من الكلم ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع ، وذلك لا يحصل إلا بسماع » .

وبعد أن أفرق الشيخ الرحمتي بين تعبير الموجب ، وكلام الحالف ، جمع بين وجوب سماع هذا الأخير وسماع الشاهدين والتلاوة ، قال :

« إن الكلام مأخوذ من الكلم ، وهو الجرح ، سمي به لأنه يؤثر في نفس السامع وذلك لا يحصل إلا بسماع . وكذا اشتراط سماع الشهود كلام العاقدين في النكاح ، وسماع التلاوة في وجوب السجدة على السامع ، ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير اهـ » .

ونحن لا نذهب إلى ما ذهب إليه الرحمتي في هذا القياس ، إنه في رأينا قياس مع الفارق من حيث التعليل . فنحن نقر بوجوب سماع الشهود لصحة عقد النكاح ووجوب سماع التلاوة في وجوب السجدة ، بيد أننا لا نذهب إلى أن العلة في هذا الوجوب ، هي كون كلام العاقد مؤثراً في نفس الشاهد أو أن التلاوة مؤثرة في نفس

السامع ، بل العلة هى غير هذا وذلك إن العلة فى وجوب سماع الشهود هى كون المقصود من حضور الشاهد هو سماعه . والعلة من وجوب سماع التلاوة فى وجوب السجدة هى كون التلاوة ملزمة « والالزام يبنى على العلم » ، لقوله تعالى « وما كنا معذبين حتى نبعث رسولا » .

هذا ومهما يكن من أمر تعليل الشيخ الرحمتى ، فقد لقى من بعد دعماً له من الشيخ عبد القادر الرافعى الذى انضم إلى جانبه ، وأيد اعتبار التعبير التعاقدى بين العاقدين تعبيراً ملقى ، جاء فى كتابه التقرير المختار لرد المحتار فى رده على ابن عابدين نصير شرط السماع وصاحب الحاشية التى يضع الرافعى تقريره عليها ما يلى :

« وما ذكره [ابن عابدين] من دليل أو جهية هذا القيل [قيل يشترط سماع المشترى] لا يفيد تصحيحه فإن اشتراط سماع الغير فيما ذكره لدليل دل عليه ، وذلك أن الكلام مأخوذ من الكلم وهو الجرح ، سمى به لأنه يؤثر فى نفس السامع وذلك لا يحصل إلا بسماعه ، ونحو ذلك يقال فيما اشترط فيه سماع الغير .

بخلاف الإيجاب مع البائع مثلا فإنه ما أوجب للمشترى القبول ، والموجب هو البائع ، فالشرط وجود الفعل منه ، وهو نطقه ، وذلك بتصحيح الحروف ، سواء سمع الثانى أو لا ، من الرحمتى[1] (ر : ٧٦ ب) »

تصحيح ابن عابدين لشرط السماع : سار ابن عابدين — وهو من الشغوفين بكتابى النهر الفائق والبحر الرائق — على غرار صاحبهما سراج الدين عمر بن نجيم وزين الدين بن نجيم فى تصحيحهما لشرط السماع ولم يأخذ برأى المضعفين لهذا الشرط أمثال علاء الدين الحصكفى صاحب الدر المختار الذى يضع حاشيته على شرحه وحافظ الدين النسفى صاحب الكافى ، والكمال بن همام ، وحسن بن عمار الشرنبلالى الذين أشار إلى تضعيفهم لهذا الشرط فى حاشيته . ولم يكتف ابن عابدين فى استناده فى تصحيحه لهذا الشرط على أدلة نقلية ارتكز فيها على تصحيح صاحب النهر وارتضاء صاحبى الحلية والبحر ، وإنما استند أيضاً إلى دليل آخر لغوى ارتكز فيه

(١) راجع ما سبق ، ف ١٤٦ ، ص ١١٦ وف ١٨٩ ، ص ١٨٢ .

على مفهوم حد الكلام[1] . ولقد رأينا أن الدليل الثانى كان هدفاً لتجريح الشيخ رحمتى .

ويلاحظ أن ابن عابدين يسوى فى هذا الدليل بين الإيجاب والقبول من جهة ، وكلام الحالف مع المحلوف عليه من جهة أخرى . وهو فى هذا يقتفى إثر القاضى علاء الدين الذى جمع بينهما ، ويخالف شيخه الرحمتى الذى أفرق بينهما . ونحن نرى أن هذا القياس هو قياس مع الفارق . وفيما عدا ذلك فإن استناد ابن عابدين إلى مفهوم الكلام فى تعليله لاشتراط السماع فى الإيجاب والقبول ، باعتبار كل منهما كلاماً يجب أن يسمع ، لأنه يؤثر فى نفس السامع ، يستلزم أن تكون كل التعبيرات متلقاة ما دامت كلاماً وعلى هذا يكون الطلاق والرجعة والإيلاء والاستثناء وغيرها تعبيرات واجبة التلقى ، وهذا ما لم يقل به ابن عابدين نفسه ذلك لأنه نوه بأن التعبيرات التى يشترط فيها السماع محصورة ، يدل على ذلك قوله : « ونحو ذلك مما اشترط فيه سماع الغير[2] » .

ويلاحظ أيضاً أنه كان يتعين على ابن عابدين أن لا يعمد إلى الاستناد إلى مفهوم الكلام بعد اعتراض الرحتى على هذا الدليل . وأنه كان من الأولى فى نظرنا أن يعمد إلى الرد على الدليل الذى جاء به الرحتى لتضعيف هذا الشرط ما دام يدعو هو فى دوره إلى تقويته ، وهو ما لم يفعل .

أما ما ذهب إليه ابن عابدين من أن صاحبى البحر والحلية قد ارتضيا شرط السماع فهو محل نظر ؛ ذلك أنه ليس فى كلام الأول ما يشعر بارتضائه صراحة .

وقد نبه إلى ذلك الرافعى بقوله : « ليس فى البحر ما يدل على تصحيحه لهذا القول وإن كان مجرد نقله بدون تضعيف له يشير إلى ارتضائه له[3] » ولقد رجعنا فى دورنا إلى كتاب الحلية فلم نجد فيه ما يشير إلى الارتضاء المنوه عنه[4] .

المترددون بين تضعيف شرط السماع وتقويته : بعد أن استعرضنا الاتجاهات الثلاثة لمواقف الفقهاء إزاء شرط السماع ننتقل إلى فريق من الفقهاء لم يكن لهم موقف

(١) ر : ٧٤ ب . (٢) راجع ما سبق ، ف ١٨٩ .
(٣) ر : ٧٦ ب . (٤) ر : هـ / ١٩٤

واضح في هذا الصدد فبينا هم يصرحون بتضعيفه في موضع نراهم في موضع آخر يسلمون بايجابه .

ويتبدى اضطراب أقوال هذا الفريق الأخير في مظهرين .

المظهر الأول ، نجده في تعارض نصوص بعضهم الواردة في باب الصلاة مع نصوصهم الواردة في باب البيع في صدد اشتراط السماع .

المظهر الثاني ، نجده في تعارض نصوصهم الواردة في باب البيع مع نصوص أخرى واردة في نفس هذا الباب في صدد اشتراط السماع .

ومثال الحالة الأولى نجده لدى ابن الهمام فبينما نحن نجده يذهب إلى تضعيف اشتراط السماع في البيع في معرض تحدثه عن درجة ظهور القراءة في الصلاة ، نجده في باب البيع يحمل اشتراط السماع أمراً مسلماً (قارن ٣٠ ب و ٣٠ ب/١) وقس على ذلك حالات التعارض الأخرى الواردة لدى الفقهاء الآخرين أمثال العيني (قارن ٢٩ ب و ٢٩ ب/١) وملاالياس (قارن ٤١ ب و ٤١ ب/١) والحموى (قارن ٥٢ ب و ٥٢ب/١) .

ومثال الحالة الثانية نجده لدى كتاب الخلاصة فهو بينا يقرر اشتراط السماع في باب البيع يجيز انعقاد العقد حال صدور الإيجاب إلى غائب وقبول هذا الغائب عند حضوره رغم عدم سماعه (قارن ٣ ب/١ و ٣ ب/٢) وقد ردد هذا التعارض عديد من الكتب أمثال المحيط (قارن ١١ ب/١ و١١ب/٢) والفتاوى التتارخانية (قارن ١٤ب/١ و١٤ب/٢) وشرح القدوري للزاهدي (قارن ١٥ ب و١٥ب/١) والفتاوى البزازية (قارن ٢٧ب و ٢٧ب/٢) . هذا وقد سبق أن أشرنا في معرض تحقيقنا لشرط السماع أن أول من جابه هذا الإشكال هو الفقيه المحقق صاحب البحر الرائق (ر ٤٢ب/٣) . وأخيراً نجد الطحطاوي (في حاشيته على الدر المختار) يلتزم جانب الحياد في موقفه من خصوم شرط السماع وأنصاره مقرراً تصحيح كليهما (ر:٧٢ب)

التوفيق بين هذه الأقوال المتعارضة

لكي يتسنى لنا تعليل هذه الظاهرة التي لمسناها لدى بعض الفقهاء لابد لنا من توضيح القاعدة التي سار عليها الفقهاء في موقفهم من لفظي (الصحيح) (والأصح) عند التعارض .

يذهب الفقهاء مذهبين فى موقفهم من تقديم أحد هذين المفهومين على الآخر . فنهم من يذهب إلى تقديم الأصح على الصحيح ، ومنهم من يذهب إلى تقديم الصحيح على الأصح .

ذهب إلى الرأى الأول الجمهور .

وقد جاء فى فتاوى الرملى « الأصح آكد من الصحيح[1] » وجاء فى موضع آخر من هذه الفتاوى فى كتاب الكفالة « والصحيح لايدفع قول صاحب المحيط هذا هو الأصح وعليه الفتوى[2] » .

وعلق ابن عابدين على قول الرملى والأصح آكد من الصحيح بقوله « هذا هو المشهور عند الجمهور لأن الأصح مقابل للصحيح وهو أى الصحيح مقابل للضعيف[3] »

وذهب إلى الرأى الثانى الحلبى فى شرح المنية إذ قال : « إذا تعارض إمامان معتبران عبر أحدهما بالصحيح ، والآخر بالأصح ، فالأخذ بالصحيح أولى ، لأنهما اتفقا على أنه صحيح ، والأخذ بالمتفق أوفق ، فليحفظ[4] . »

وجاء فى رسالة آداب المفتى : « إذا ذيلت رواية فى كتاب معتمد بالأصح .. فله أن يفتى بها ، أو بمخالفها أيضاً ، أيا شاء ، وإذا ذيلت بالصحيح . . لم يفت بمخالفه إلا إذا كان فى الهداية مثلا هو الصحيح ، وفى الكافى بمخالفه هو الصحيح ، فيتخير[5] »

ويبدو أن هذه الحلول التى وضعها الفقهاء هى خاصة بحالات التعارض بين نصين لفقيهين مختلفين لا لنصين تابعين لفقيه واحد كما هو الحال فى الحالة التى نجابهها . وإذا طبقنا هذه الحلول على الحالة التى نجابهها استطعنا أن نجد توفيقاً لهذا التعارض الملحوظ ، على اعتبار أصحابه يذهبون المذهب الثانى المشار إليه ، الذى يرمى إلى الاعتداد بالصحيح دون الأصح .

---

(١) الدر المختار ، ج ١ ، ص ٥٢ ، س ٣ .
(٢) حاشية ابن عابدين ، ج ١ ، ص ٥٢ ، س ١٢ .
(٣) المرجع السابق ، س ٤ .
(٤) المرجع السابق ، المتن ، س ٦ .
(٥) المرجع السابق ، س ١٥ .

أما التعارض الذى لاحظناه بين اشتراط السماع وبين اعتبار إيجاب الموجب قائمة ولو كان القابل غائباً فيبقى قائماً ويجب اعتبار القول الثانى من قبيل الرواية الشاذة التى يجب طرحها .

تقدير دعوى الاجماع على شرط السماع

إذا رجعنا إلى كتاب الخلاصة لافتخار الدين نجد فيه جزماً بأن شرط سماع كل من المتعاقدين كلام الآخر فى البيع كان موضع الإجماع لدى الفقهاء[1] فهل حقاً كان هذا الشرط موضع الإجماع فى عصر افتخار الدين ، وإذا كان كذلك ، فهل استمر الفقهاء على إجماعهم على هذا الشرط ، أم أن ثمة من حاد عنه وأنكره ؟

إننا نذهب إلى نفى دعوى الإجماع التى أشار إليها صاحب الخلاصة . ولسنا نريد فى تدليلنا على هذا النفى الاستناد إلى آراء الأصوليين فى نفى الإجماع[2] وإنما نجنح إلى الاستناد إلى النصوص فى دعم دعوانا هذه . الدليل الأول : إن المتتبع لنصوص المحيط البرهانى يصادف نصوصاً أربعة تتعارض فيما بينها كل التعارض .

---

(١) جاءت دعوى الاجماع أيضاً فى الفتاوى الصغرى نقلا عن الفتاوى الهندية ر : ٤٦ ب /٩ المحيط البرهانى ر : ١١ ب / ١ . والفتاوى البزازية ر : ٢٧ ب والبحر الرائق ر : ٤٢ ب /٩ وجامع الفتاوى ر : ٢٨ ب .

(٢) جاء فى علم أصول الفقة لأستاذنا المرحوم الشيخ عبد الوهاب خلاف ، ص ٤٧وص ٥٠ « الاجماع فى اصطلاح الأصوليين هو اتفاق جميع المجتهدين من المسلمين فى عصر من العصور بعد وفاة الرسول.على حكم شرعى فى واقعة. فإذا وقعت حادثة وعرضت على جميع المجتهدين من الأمة الإسلامية وقت حدوثها ، واتفقوا على حكم فيها سمى اتفاقهم اجماعاً ، واعتبر إجماعهم على حكم واحد فيها دليلا على أن هذا الحكم هو الحكم الشرعى فى الواقعة .

قالت طائفة من العلماء ، منهم النظام وبعض الشيعة ، إن هذا الاجماع الذى تبينت أركانه لا يمكن انعقاده عادة ، لأنه يتعذر تحقق أركانه ، وذلك أنه لا يوجد مقياس يعرف به إذا كان الشخص بلغ مرتبة الاجتهاد أو لم يبلغها . ولا يوجد حكم يرجع إليه فى الحكم بأن هذا مجتهد أو غير مجتهد . فمعرفة المجتهدين من غير المجتهدين متعذرة ... وقد نقل ابن حزم فى كتابه الأحكام عن عبد الله بن أحمد بن حنبل قال سمعت أنه يقول : « من ادعى الإجماع فهو كذاب . » .

ثم عقب على هذا أستاذنا الخلاف بقوله :

« والذى أراه الراجح أن الإجماع بتعريفه وأركانه التى بيناها لا يمكن عادة انعقاده إذا وكل أمره إلى أفراد الأمم الإسلامية وشعوبها ، ويمكن انعقاده إذا تولت أمره الحكومات الإسلامية على اختلافها » .

أما النص الأول فقد ورد فى الجزء الأول من هذا الكتاب ، وهو يدعى إجماع العلماء على أن سماع صاحب التعبير لتعبيره كاف .

أما النص الثانى فقد ورد أيضاً فى الجزء الأول ، وهو يدعى انفراد القاضى علاء الدين باشتراط سماع الموجه إليه التعبير .

والنص الثالث ورد فى الجزء التاسع ، وهو يدعى إجماع الفقهاء على اشتراط سماع المخاطَب لتعبير المخاطِب .

والنص الرابع ورد أيضاً فى الجزء التاسع ، وهو يجعل تعبير المخاطِب قائماً ولو كان المخاطَب غائباً .

جاء فى النص الأول : « وقيل عن الفقيه أبى جعفر الهندوانى ... أنه لايجزئه مالم يسمع نفسه وبه أخذ عامة المشايخ (ر : ١١ ب) »

وجاء فى النص الثانى : « وذكر القاضى الإمام علاء الدين . . إن الصحيح عندى أن فى بعض التصرفات يشترط سماع غيره (ر : ١١ ب)

وفى النص الثالث : « فسماع المتعاقدين كلاهما فى البيع شرط انعقاد البيع بالإجماع (ر : ١١ ب/١) »

وفى النص الرابع : « وإذا قال بعت من فلان الغائب ، فحضر فلان المجلس ، وقال اشتريت ، يصح (ر : ١١ ب / ٢) »

لسنا نجد من سبيل إلى التوفيق بين لفظ الإجماع الوارد فى النص الثالث مع لفظ عندى الوارد فى النص الثانى والذى يفيد انفراد القاضى علاء الدين فى القول بهذا الرأى .

وكذلك لاسبيل إلى التوفيق بين دعوى إجماع الفقهاء على الأخذ برأى الهندوانى — والتى تكتفى بسماع صاحب التعبير — الواردة فى النص الأول ودعوى إجماع الفقهاء الواردة فى النص الثالث والتى لا تكتفى بسماع صاحب التعبير لتعبيره بل تنشد إلى جانب ذلك سماع المخاطَب .

وأخيراً لاسبيل إلى قبول دعوى الإجماع الواردة فى النص الثالث مع الفرع الوارد فى النص الرابع والذى يجمل التعبير قائماً رغم عدم سماع المخاطَب .

إن هذه النصوص تتعارض فيما بينها كل التعارض وهى إن اتفقت فى شىء فإنما تتفق على وجود الخلاف بين الفقهاء فى هذا الموضوع وخرق الإجماع الذى ادعاه صاحب المحيط .

الدليل الثانى : إن إجماع المتون الشهيرة على إغفال هذا الشرط وعدم إدراجه بين شروط الانعقاد إبان بحثها لأحكام البيع هو دليل ثان نركن إليه فى خرق الإجماع الذى جاء فى الخلاصة .

لقد اتفقت كلمة الفقهاء على أن المتون المعتبرة هى الهداية ، والوقاية ، والمختار[1] ومجمع البحرين[2] والكنز[3] . ونحن إذا مابحثنا فى كتاب البيوع من هذه المتون لا نجد لهذا الشرط أثراً[4] وإذا عرفنا أن سر اعتماد هذه المتون هو تمييز أصحابها بين الراجح والمرجوح والمقبول والمردود ، والقوى والضعيف ، وعدم إيرادهم فى متونهم إلا لما هو راجح مقبول قوى اذا عرفنا ذلك تساءلنا مستغربين عن سر هذا الإغفال هل الباعث عليه كون شرط السماع مرجوحاً أو مردوداً أو ضعيفاً ، أو كونه من الأمور المسلمة ؟ ؟ !

---

(١) للموصلى توفى عام ٦٨٣ هـ .

(٢) لابن الساعاتى توفى ٦٩٤ هـ.

(٣) « قال الجامع ... وقد كثر اعتماد المتأخرين على الكتب الأربعة وسموها المتون الأربعة وهى المختار والكنز والوقاية ومجمع البحرين ومنهم من يعتمد على الثلاثة الوقاية والكنز ومختصر القدورى ... قالوا وما فى المتون مقدم على مافى الشروح وما فى الشروح مقدم على ما فى الفتاوى إلا إذا وجد مايدل على الفتوى فى الشروح والفتاوى فحينئذ يقدم مافيهما على ما فى المتون « ... لأن التصحيح الصريحى أولى من التصحيح الإلتزامى (ر : فب : ص ١٠٦) » « ولم يريدوا بالمتون كل المتون بل المتون التى صنفها يميزون بين الراجح والمرجوح والمقبول والمردود والقوى والضعيف فلا يوردون فى متونهم إلا الراجح والمقبول والقوى وأصحاب هذه المتون كذلك . وهذا فى عرف المتأخرين أما فى عرف المتقدمين قبل أزمنة المصنفين المذكورين فحيث قالو ما فى المتون مقدم أرادوابه متون كبار مشايخنا وأجلة فقهائنا كتصانيف الطحاوى والكرخى والجصاص والخصاف والحاكم وغيرهم (المرجع السابق) . »

(٤) يلحظ أن صاحب البدائع لم يشر الى شرط السماع فى عقد البيع ، وحتى المتون المتأخرة لم تنص عليه كدرر الحكام وتنوير الأبصار .

§ ٢ — شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد النكاح

قبل أن نتكلم عن شرط السماع فى عقد النكاح نستعرض فيما يلى :

(ا) فهرس مجموعات النصوص الفقهية التي تعرضت لهذا الشرط مرتبة حسب متونها اعتباراً من متن الهداية (المرغينانى ٥٩٣ هـ) حتى متن تنوير الأبصار (التمرتاشى ١٠٠٣ هـ) .

(ب) فهرس المجموعات آنفة الذكر مرتبة حسب تسلسلها الزمني ، وموزعة على القرون التسعة المبتدئة بالقرن السادس (الخلاصة ٥٤٢ هـ) والمنتهية بالقرن الرابع عشر (التقرير المختار لرد المحتار ١٣٢٣ هـ) .

(حـ) تحقيق النصوص الفقهية وعرضها وفق الفهرس الثانى آنف الذكر .

(ا) فهرس مجموعات النصوص

نستعرض فيما يلى فهرس مجموعات النصوص الفقهية مرتبة حسب متونها على غرار ما صنعنا قبل عرض نصوص شرط السماع فى عقد البيع . ويلاحظ هنا أن الوقاية هى المتن القديم الوحيد الذى أشار إلى شرط السماع فى النكاح ، بينما أغفلت ذكره المتون القديمة الأخرى . وهذه الظاهرة هى التى تفسر لنا اهتمام شراح الوقاية بهذا الشرط وإهمال شراح المتون الأخرى له ، فبينما نحن نجد مثلا أن ما يقارب العشرين شارحاً من مجموعة الوقاية قد دعموا هـذا الشرط فى شروحهم ، نجد أن اثنين فقط من أفراد مجموعة الهداية قد تحدثوا عن هذا الشرط وهما المرغينانى والكمال بن همام ، وقد ضعفه الأول ، وأيده الثانى ، وإليك فيما يلى الفهرس المبحوث عنه :

مجموعة الفتاوى : القرن السادس : الخلاصة (١ ن) ؛ الفتاوى الخانية (٢ ن) القرن التاسع : الفتاوى البزازية (٦ ن) ؛ القرن الحادى عشر : الفتاوى الهندية (٢٥ ن) .

مجموعة الهداية : القرن السادس : مختارات النوازل (٢ ن) ؛ القرن التاسع : فتح القدير (٧ ن) .

مجموعة الوقاية : القرن السادس : الوقاية (٤ ن) ؛ القرن الثامن : حل المواضع المغلقة من وقاية الرواية (٥ ن) ؛ القرن التاسع : العناية (٨ ن) توفيق العناية (٨ ن /١) ، كمال الدارية (٩ ن) ، ابن ملك (١٠ ن) ، يعقوب باشا (١١ ن) ؛ القرن العاشر : ذخيرة العقبى (١٣ ن) ، البرجندى (١٤ ن) ، إيضاح الإصلاح (١٥ ن) ، جامع الرموز (١٦ ن) ، ملا الياس (١٧ ن) ، آلهى زادة (١٨ ن) ؛ القرن الحادى عشر : فتح باب العناية (٢٦ ن) ، مفاتيح القيود (٢٧ ن) ، غواص البحرين (٢٨ ن) ؛ القرن الثالث عشر : أبو المكارم (٤٢ ن) ؛ القرن الرابع عشر : عمدة الرعاية (٤٨ ن) .

مجموعة الكنز : القرن العاشر : البحر الرائق (١٩ ن) ؛ القرن الحادى عشر : أوضح رمز على نظم الكنز (٢٩ ن) ، النهر الفائق (٣٠ ن) ، كشف الرمز عن خبايا الكنز (٣١ ن) ؛ القرن الثانى عشر : فتح الله المعين (٣٨ ن) .

مجموعة ملتقى الأبحر : القرن العاشر : ملتقى الأبحر (٢٢ ن) ، جرى الأنهر (٢٣ ن) ، عبد الرحيم باشا (٢٤ ن) ؛ القرن الحادى عشر : المنتقى (٣٣ ن) ، مجمع الأنهر (٣٤ ن) ؛ القرن الثانى عشر : شرح السيد الحلبى (٣٩ ن) ، المعادل (٤٠ ن) .

مجموعة الدرر : القرن التاسع : غرر الأحكام (١٢ ن) ، درر الحكام (١٢ن) ، القرن العاشر : نقد الدرر (٢٠ ن) ، الخادمى (٢١ ن) ، القرن الحادى عشر : كشف رموز غرر الأحكام (٣٢ ن)

مجموعة التنوير : القرن الحادى عشر : تنوير الأبصار (٣٥ ن) ، منح الغفار (٣٦ ن) ، الدر المختار (٣٧ ن) ؛ القرن الثانى عشر : تحفة الأخيار (٤١ ن) ؛ القرن الثالث عشر : حاشية الطحطاوى (٤٣ ن) ، حاشية الرحمتى (٤٤ ن) ، تعاليق الانوار (٤٥ ن) ، رد المحتار (٤٦ ن) ، حميد الآثار (٥٠ ن) .

(ب) فهرس عرض النصوص الفقهية لشرط السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

القرن السادس : مج ف : الخلاصة (١ ن) ، الفتاوى الخانية (٢ ن)؛ مج ه : مختارات النوازل (٣ ن)؛ مج و : الوقاية (٤ ن) .

القرن السابع : ..

القرن الثامن : مج و : حل المواضع المغلقه (٥ ن) .

القرن التاسع : مج ف : الفتاوى البزازية (٦ ن)؛ مج ه : فتح القدير (٧ ن)؛ مج و : العناية (٨ ن) ، توفيق العناية (٨ ن/١) ، كمال الدراية (٩ ن) ، ابن ملك (١٠ ن) ، يعقوب باشا (١١ ن)؛ مج د : درر الحكام (١٢ ن) .

القرن العاشر : مج و : ذخيرة العقبي (١٣ ن) ، البرجندى (١٤ ن) ، إيضاح الإصلاح (١٥ ن) ، جامع الرموز (١٦ ن) ، ملا الياس (١٧ ن) ، إلهى زادة (١٨ ن) ؛ مج ك : البحر الرائق (١٩ ن) ؛ مج د : نقد الدرر (٢٠ ن) ، الخادمي (٢١ ن)؛ مج م ، ملتقى الأبحر (٢٢ ن) ، جرى الأنهر (٢٣ ن) ، عبد الرحيم باشا (٢٤ ن)

القرن الحادى عشر : مج ف : الفتاوى الهندية (٢٥ ن) ؛ مج و : فتح باب العناية (٢٦ ن) ، مفاتيح القيود (٢٧ ن) ، غواص البحرين (٢٨ ن) ، مج ك : أوضح رمز (٢٩ ن) ، النهر الفائق (٣٠ ن) ، كشف الرمز (٣١ ن)؛ مج د : كشف رموز غرر الأحكام (٣٢ ن) ؛ مج م : المنتقى (٣٣ ن) ، مجمع الأنهر (٣٤ن) ؛ مج ت : تنوير الأبصار (٣٥ ن)، منح الغفار (٣٦ ن) ، الدر المختار(٣٧ن).

القرن الثانى عشر : مج ك : فتح الله المعين (٣٨ ن) ؛ مج م : السيد الحلبي (٣٩ ن) ، المادل (٤٠ ن)؛ مج ت : تحفة الأخيار (٤١ ن) .

القرن الثالث عشر : مج و: أبو المكارم (٤٢ز)؛ مج ت : الطحطاوى (٤٣ن) ، الرحمتي (٤٤ن) ، تماليق الأنوار (٤٥ن) ، رد المحتار (٤٦ن) ، طوالع الانوار (٤٧ن)

القرن الرابع عشر : مج و : عمدة الرعاية (٤٨ ن) ؛ مج ت : التحرير المختار (٤٩ ن) ، حميد الآثار (٥٠ ن) .

(خ) عرض النصوص الفقهية لشرط السماع في الإيجاب والقبول في عقد النكاح

القرن السادس

(ع ف)

١ ن — افتخار الدين (٥٤٢ هـ) ، الخلاصة [١] ، ق ١٥٣ ، س ٥٩ : « إن سماع كل من واحد من العاقدين شرط صحة البيع بالإجماع ، وفي النكاح المختار [٢] أنه شرط أيضاً ، وفي الخلع كذلك » .

٢ ن — قاضي خان (٥٩٢ هـ) فتاوى (على هامش الفتاوى الهندية) ، جـ ١ ، ص ٣٣٢ ، س ١ : « ولا يصح النكاح ما لم يسمع كل من العاقدين كلام صاحبه » .

(مجموعة الهداية)

٣ ن — المرغيناني (٥٩٣ هـ) ، مختارات النوازل ، جـ ١ ، ق ٨٢ ، س ٢ : « وقيل [٣] لا يصح ما لم يسمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه » .

(مجموعة الوقاية)

٤ ن — برهان الشريعة المحبوبي (٦٠٠ هـ) ، الوقاية (نقلا عن كمال الدراية) جـ ١ ، ق ١٣٥ ، س ٢٥ : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر » .

---

(١) « الخلاصة » هي أقدم كتاب عثرنا فيه على شرط السماع في النكاح .

(٢) يلحظ أنه رغم أن شرط السماع في النكاح بدأ أضعف من شرط السماع في البيع بدليل الإجماع على الثاني دون الأول . فقد جاءت المتون المتأخرة أمثال الدرر والتنوير ناصة على الأول دون الثاني (راجع ماسبق ، ف ١٢١ ، ص ١١٢) .

(٣) المرغيناني هو المضعِّف الأول لشرط السماع في النكاح . ويلاحظ أن هذا التضعيف أتى خلوا من التسويغ . وسنرى أن الشراح الذين ألقوا الشك حول هذا الشرط قد استندوا إلى أحد مسوغات ثلاثة :

القرن السابع

. . .

القرن الثامن

(مج و)

٥ ن — تاج الشريعة (٨٤٧ هـ) ، حل المواضع المغلقة من وقاية الرواية ، ق ٦٧ ، س ١٧ : « وشرط سماع كل منهما (المتعاقدين) لفظ الآخر . »

القرن التاسع

(مج ف)

٦ ن — ابن البزاز الكردرى (٨٢٧ هـ) ، فتاوى (على هامش الفتاوى الهندية) ، جـ ٤ ، ص ١١٨ ، س ٣٩ : « وسماع كل واحد من العاقدين كلام الآخر شرط » . وجاء فى كتاب البيع من نفس المرجع ، ص ٣٤٦ ، س ٧ : « وسماع كل من المتعاقدين كلام صاحبه شرط انعقاد البيع . . . وكذا فى النكاح والخلع فى المختار » .

= ١ — فمنهم من استند إلى عدم اطراده (ر : هـ/١٨/) وهؤلاء فريقان :

(١) فريق أخذ عليه عدم إمكان تطبيقه حال نكاح الفضولى حيث يتم العقد بإيجاب الفضولى رغم عدم سماع العاقد الآخر .

(٢) وفريق أخذ عليه عدم إمكان تطبيقه حال التعاقد بين الغائبين حيث يتم العقد بقبول الغائب رغم عدم سماع الموجب إليه .

٢ — ومنهم من استند إلى ضعف الأساس النقلى الذى يستند إليه ، ومن هؤلاء ابن الكمال باشا صاحب إيضاح الإصلاح الذى ذهب إلى أن هذا الشرط لم يذكر فى عامة الكتب المعتبرة وأن بعضها أشار إلى أنه ليس بشرط (ر : ١٥ن) .

٣ — وأخيراً نجد منهم من استند إلى ضعف التعليلات التى أتى بها الشراح لدعم شريطة سماع القبول ومن هؤلاء الفقيه عبد القادر الرافعى الذى ذهب فى كتابه التحرير المختار إلى أن إناطة سماع القابل بتحقق رضاه غير سديد بدليل تحقق هذا الرضا رغم عدم سماع الموجب للقابل (ر : ٤٩ن) .

٧ ن — الكمال بن همام (٨٦١ هـ) فتح القدير ، ج ٢ ، ص ٣٤٤ ، س ٦ :
« والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً ويستعقب الأحكام ... وذلك بوقوع الثانى جواباً معتبراً محققاً لغرض الكلام السابق ، ويسمع كل من العاقدين كلام صاحبه (٤ مكرر) » .

(مج و)

٨ ن — السيوسى (٨٣٢ هـ) ، العناية فى شرح الوقاية : « وشرط سماع كل منهما) أى المتعاقدين (لفظ الآخر) لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا فإذا لم يسمعه لم يتحقق(٤) » .

٨ ن/١ — ابن سندل (٨٣١ ؟) ، توفيق العناية ، ق ٥١ ، س ٢٠ « قوله وشرط ... وسماع أحد العاقدين كلام الآخر شرط للنكاح » .

٩ ن — الشمنى (٨٧٢ هـ) ، كمال الدراية ، ج ١ ، ق ١٣٥ ، س ٢٥ :
« (وشرط سماع كل منهما) أى العاقدين (لفظ الآخر) لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته(٥) » .

١٠ ن — ابن ملك (٨٨٥ هـ) ، شرح الوقاية ، ق٧١ ، س٣٩ : « (وشرط لانعقاد النكاح (سماع كل منهما) أى من العاقدين (لفظ الآحر) ، لأن العقد ينعقد

---

٤ — السيوسى هو أول من أسس ضرورة السماع على فكرة التراضى ولقد ردد هذا التعليل بعده منلاخسرو (ر : هـ/٨/) ، الحلبى (ر : هـ / ٢٦ /) ، عبد الرحيم باشا (ر : هـ / ٢٨ /) ، التمرتاشى (ر : هـ / ٤٥ /) ، الحصكفى (ر : هـ/ ٤٧ /) أبوالسعود (ر : هـ / ٤٨ /) ، المرعشى (ر : هـ / ٥٠ /) وسنرى أن هذا التعليل لم يسلم من النقد (ر : هـ /٥٤ / ، هـ / ٦٥/) .

(٤مكرر) الكمال هو أول من علل ضرورة السماع بتحقق الارتباط بين الإيجاب والقبول ولقد ردد هذا التعليل كل من الباقانى ، ر : هـ / ٩٧ / وصاحب النهر ر : هـ / ٣٥ / .

(٥) الشمنى هو أول من علل ضرورة السماع بشريطة اتحاد المجلس . وقد ردد هذا التعليل فيما بعد ابن نجيم ر : هـ/ ٢٢ / ، والهروى ر : هـ / ٣٠ / ، والمقدسى ر : هـ / ٣٤ / والسيد الحلبى ، ر : هـ / ٤٩ / .

بكلامهما[6] فلابد من سماعهما » .

١١ ن — يعقوب باشا (٨٩١ هـ) حاشية على شرح الوقاية ، ق ٥١ ، س ٣٤ : « وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر يعنى حقيقة أو حكماً[7] كما إذا كتب رجل ، وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم : قبلت . ينعقد النكاح ، لأن الكتاب كالخطاب وفى المسئلة تفصيل فى المحيط والمجمع » .

---

(٦) إبن ملك هو أول من علل ضرورة السماع بمفهوم الكلام .

(٧) يعقوب باشا هو أول من واجه شريطة السماع حال التعاقد بين غائبين وأطلق عليه فى هذه الحالة تسمية السماع الحكمى على أنه لم يسر مع منطق هذا الإطلاق حتى غايته ، فهو لم يتطلب السماع الحكمى فى كل من الإيجاب والقبول ، بل تطلبه فى الإيجاب فقط كما يفيد ذلك سياق كلامه . ولقد ردد شريطه السماع الحكمى — دون تخصيصه بالإيجاب صراحة — كل من أخى چلبى (ر : هـ / ١٠ /) ، الوانى (ر : هـ / ٢٣ /) ، شيخ زادة (ر : هـ / ٤٣ /) ، ابن عابدين (ر : هـ / ٥٦ /) ، محمد عبد الحى (ر : هـ / ٦٢ /) ، الرافعى (ر : هـ / ٦٤ /) وانظر ماسبق ،ف ١٣٠ ص ١٢٠ — ص ١٢١ . ولقد كان أول من أشار صراحة إلى تخصيص السماع الحكمى بالإيجاب ، ونبه إلى كون القبول فى التعاقد بين الغائبين مستثنى من شريطة السماع هو الفقيه الشيخ عبد القادر الرافعى فى كتابه التقرير المختار على رد المحتار (ر : ٤٩ ن)

بقى أن نقول إن ثمة فريقاً من الفقهاء لم يأخذ ، فى مواجهته لشريطة السماع حال التعاقد بين غائبين ، بفكرة السماع الحكمى ، وإنما وجد فى تعذر سماع الموجب للقابل فى هذه الحالة داعية إلى الارتياب فى أصالة هذه الشريطة ر : هـ / ١٨ / ذلك أن الرأى السائد فى الفقه الإسلامى يقر انعقاد العقد بمجرد القبول فى التعاقد بين غائبين فكيف يستساغ بعد هذا أن تتنوع الحلول وأن يكون تمام العقد بين الحاضرين بسماع الموجب بينما يكون تمام العقد فى حالة التعاقد بين الحاضرين بمجرد صدور القبول ؟ !

١٢ ن — منلا خسرو (٨٨٥ هـ) درر الحكام شرح غرر الأحكام ، جـ ١ ، ص ٣٤٩ ، س ٥ : « (ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) إذ لولاه لم يتحقق الرضا[٨] من الطرفين فلا ينعقد النكاح وقد عرفت أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر فلابد من سماع العبارة » . .

القرن العاشر

(مج و)

١٣ ن — أخى چلبى (٩٠٥ هـ) ذخيرة العقبى ، ص ٩١ : « قوله (وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر) أى كل من المتعاقدين الزوجين أو نائبهما[٩] حقيقة أو حكماً[١٠] كما كتب رجل فى كتاب : « تزوجت فلانة بنت فلان بكذا من الصداق » وأشهد جماعة بما فيه ، وإن لم يعلموا أن فيه قضية التزويج ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة فقرأته . . . ينعقد النكاح عند أبى يوسف خلافاً لهما[١١] . »

---

(٨) الفقيه منلاخسرو هو ثانى من أسس ضرورة السماع على فكرة الرضا ، ر : هـ / ٤ / .

(٩) أخى چلبى هو أول من أدخل النائب فى مفهوم العاقد واكتفى بسماعه ، ولقد ردد هذا الإدخال كل من البرجندى ر : هـ/١٢/ ، ابن الكمال باشا ر : هـ / ١٣/ شيخ زادة ر : هـ/ ٤١ / . السندى ر : هـ / ٥٩ / . وسنرى أن تضييق مفهوم العاقد وما يستتبعه من إخراج النائب من شموله قد دعا البعض إلى النيل من شرط السماع ووصمه بعدم الإطراد ، ر : هـ / ١٨ / .

(١٠) أخى چلبى ثانى القائلين بالسماع الحكمى حال التعاقدين غائبين ر : هـ / ٧ /

(١١) يلحظ أنه أشار إلى وقوع خلاف فى المذهب الحنفى حول انعقاد النكاح بين غائبين وقد أشار إلى هذا الخلاف بعده كل من عبد الحليم ، ر : هـ / ٣٨ / وشيخ زادة ، ر : هـ / ٤٤ / .

١٤ ن — البرجندى (حوالى ٩٣١ هـ) شرح الوقاية، ق ٢٢٥، س ١٤ :
« (وشرط سماع كل منهما) أى العاقدين (لفظ الآخر) حتى لو لم يسمع أحدهما كلام الآخر لا يصح، وأراد بالعاقد من وقع الإيجاب أو القبول منه، سواء كان زوجاً أو غيره[١٢] » .

١٥ ن — ابن الكمال باشا (٩٤٠ هـ)، إيضاح الإصلاح، ق ٧٧، س ٢١
« (وشرط سماع كل منهما) أى من العاقدين، سواء كانا زوجين أو غيرهما[١٣] (لفظ الآخر) ذكر هذا الشرط فى الخلاصة[١٤] ولم يذكر فى عامة الكتب[١٥] بل ذكر فى بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط[١٦] »

١٦ ن — القهستانى (٩٦٣ هـ) جامع الرموز، جـ ٢، ص ٤٤٦، س ٦ :
« (وشرط) لصحة النكاح سماع كل منهما أى المتعاقدين (لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما، لم يصح، كما فى سائر العقود[١٧] إلا أنه يشكل بنكاح الفضولى. وبما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيأتى[١٨] »

---

(١٢) البرجندى ثانى الموسعين لمفهوم العاقد، ر : هـ / ٩ / .

(١٣) ثالث الموسعين لمفهوم العاقد، ر : هـ / ٩ / . (١٤) ر : ا ن .

(١٥) لعله يقصد بها الهداية، والكنز، ومجمع البحرين، والمختار التى سكتت عن ذكر الشرط .

(١٦) لعله يقصد بها كتاب مختارات النوازل الذى ضعف هذا الشرط كما أسلفنا ر : هـ / ٣ / . يدل على ذلك ما سيأتى حاشية آلهى زادة على جامع الرموز، ر : هـ / ٢١ / .

(١٧) يلاحظ تعميم شريطة السماع على كل العقود. وقد ردد هذا التعميم بعده كل من ملا الياس ر : هـ/١٩/ القزانى، ر : هـ/٣٢/مصطفى بن عمر، ر : هـ/ ٣٩/ .

(١٨) القهستانى هو أول من ألقى الشك حول شرط السماع لعدم اطراده (ا) من حيث عدم إمكان تطبيقه فى نكاح الفضولى حيث لايسع كل من العاقدين سماع الآخر وقد ردد هذا الاستشكال بعد القهستانى كل من : القزانى ر : هـ/٢٢/ . والمفرى، ر : هـ/ ٥٥ / .

١٧ ن — ملا الياس (حوالى ٩٧٠ هـ) شرح الوقاية : « (وشرط سماع كل منهما لفظ الآخر) حتى لو لم يسمع ، لا يصح الإيجاب والقبول . والظاهر أن هذا الشرط غير مختص بالنكاح ، بل جميع العقود كذلك[١٩] » .

١٨ ن — آلهى زادة (؟) حاشية على جامع الرموز ، ق ١٣٩ ، س ١٦ : «(قوله إلا أنه يشكل الإطلاق بنكاح الفضولى) إشارة إلى ما قاله ابن الكمال ذكر هذا الشرط فى الخلاصة ، ولم يذكر فى عامة الكتب ، بل فى بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط[٢٠] فنقل عن مختارات النوازل بعث كتابا يخطبها ، فقرأته عند الشهود ، وقالت اشهدوا أنى زوجت نفسى منه ، يصح[٢١] » .

(مجموعة الكنز)

١٩ ن — ابن نجيم (٩٧٠ هـ) ،البحر الرائق ،جـ ٣ ،ص ٨٩، س ٣٣ : « ومنها سماع كل منهما كلام صاحبه ، لأن عدم سماع أحدهما كلام صاحبه ، بمنزلة غيبته ، كما فى الوقاية[٢٢] . »

(مج د)

٢٠ ن — الوانى (١٠٠٠ هـ) ، نقد الدرر ، ق ٩٢ ، س ١١ : « قوله وشرط

(ب) من حيث عدم إمكان تطبيقه حال التعاقد بين الغائبين حيث يبلغ الموجب قبول الزوجة القابلة ، ولا يسمعه مباشرة ، ر : هـ / ٣٣ / .

(١٩) ثانى المعممين لشرط السماع ، ر : هـ / ١٧ / .

(٢٠) ر ٥٠١ ن .

(٢١) استخلص عدم اشتراط بقية الكتب للسماع من إقرارها لانعقاد العقد بين غائبين بمجرد القبول .

(٢٢) يلحظ أن صاحب البحر عزى التعليل إلى الوقاية ، والواقع أن صاحب هذا التعليل هو الشمنى ، ر : هـ / ٥ / .

سماع كل منهما لفظ الآخر) حقيقة أو حكماً[٢٣] كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى المرأة ، فقرأته عندهم ، فقبلت ، ينعقد النكاح ، لأن الكتاب كالخطاب عند الغيبة »

٢١ن/١ — الخادمى (؟) حاشية ، ص ١٧٣، س٨ : « قوله (وشرط سماع كل من منهما) وأما الفهم[٢٤] فقد عرفت الاختلاف فيه »

٢١ ن — المرجع السابق ، ص ١٦١ ، س ٣١ : « (قوله وصاحب الوقاية والكنز) حاصل مذهبهما كون تمام العقد بهما ، وحاصل مذهب صاحب الهداية كون تمام العقد بالمجيب فقط[٢٥] . »

• (مجموعة ملتقى الأبحر)

٢٢ ن — إبراهيم الحلبى (٩٥٦ هـ) ، ملتقى الأبحر ، ص ٩٠ ، ١٦ : « (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) إذ لو لاه لم يتحقق الرضا من الطرفين فلا ينعقد النكاح ، وقد عرفت أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر ، فلا بد من سماع العبارة ، درر[٢٦] »

---

(٢٣) ثالث القائلين بالسماع الحكمى ، ر . هـ / ٧ / .

(٢٤) الخادمى أول من يشير إلى الاختلاف فى شريطة الفهم — ولقد سبق أن رأينا أن شريطة الفهم غير مختلف عليها فى البيع (ر : ٧ ب) . وقد أشار التمرتاشى بعده إلى هذا الخلاف ، ر : هـ / ٤٦ / . ولم يعتد قدرى (باشا) بهذه الشريطة (ر . هـ / ٦٦ /) بينما أخذ بها قانون الأحوال الشخصية السورى (ر : هـ / ٦٧ /) .

(٢٥) لعله يريد أن يقول أن صاحبى الوقاية والكنز يقولان بنظرية العلم التى تجعل تمام العقد بسماع الموجب ، وأن صاحب الهداية يقول بنظرية الاعلان التى تجعل تمام العقد بقبول القابل ، غير أنى لم أجد لصاحب الكنز ما يشير إلى الرأى المشار إليه .

(٢٦) الحلبى ثالث المملين بالرضا ، ر : هـ / ٤ / .

٢٣ ن – الباقاني (٩٩٠ هـ) ، جرى الأنهر ، ق ١١٥ ، س ٤٥ : « وسماع كل من العاقدين كلام الآخر شرط أيضاً إذ لا ارتباط بغير سماع[٢٧] » .

٢٤ ن – عبدالرحيم باشا (١١٠٠هـ) ، شرح ملتقى الأبحر ، ق ٥٨ ، س ٢٥ : « (وشرط) أي شرط النكاح (سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) ، لأن النكاح عقد يتعلق بالرضا ، فإذا لم يسمعه ، لم يتحقق[٢٨] »

القرن الحادى عشر

(يج ف)

٢٥ ن – بعض علماء الهنود (١٠٧٠ هـ) ، الفتاوى الهندية ، جـ ١ ، ص ٢٦٧ س ١٨ : « ومنها سماع كل من العاقدين كلام صاحبه هكذا في فتاوى قاضيخان[٢٩] »

(يج و)

٢٦ ن – الهروى (١٠١٤ هـ) ، فتح باب العناية ، جـ ١ ، ص ٤٥٥ ، س ٢٢ : « (وشرط سماع كل منهما) أي من العاقدين (لفظ الآخر) ، لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته[٣٠] »

٢٧ ن – ؟ (١٠٩٤ هـ ؟) مفاتيح القيود : « (وشرط سماع كل واحد ..) لأنهما إذا لم يسمعا كلام الآخر ، لم يحصل الإيجاب والقبول بالنسبة إليهما ، وإن وجدا صورة ، لأن الإيجاب والقبول يحصلان بينهما بالتخاطب ، فإذا لم يحصل السماع لم يوجد التخاطب[٣١] »

٢٨ ن – القزانى (؟) غواص البحرين ، حاشية على جامع الرموز ، جـ ٢ ، ص ٤٤٦ ، س ٦ : « (وشرط) لصحة النكاح (سماع كل منهما) أي المتعاقدين

---

(٢٧) الباقاني ثانى المعللين بالارتباط ، ر : هـ / ٤ مكرر / .

(٢٨) رابع المعللين بالرضا ، ر : هـ / ٤ / .

(٢٩) ر : ٢ ن .

(٣٠) ثالث المعللين باتحاد المجلس ، ر : هـ / ٥ / .

(٣١) أول المعللين بالتخاطب .

« لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما لم يصح كما فى سائر العقود[٣٢] إلا أنه يشكل الإطلاق بنكاح الفضولى — فإن الأصيل لا يسمعه وإنما يسمع حكاية — وبما إذا ذكر — بصيغة المجهول — الزوج — منصوب مفعول بنزع الخافض أى له والقائم مقامه الفاعل — اسم امرأة غائبة — يعنى لو كانت غائبة عن المجلس يحكون عنها بأن امرأة اسمها فلانة قبلت ، فإنما يسمع الزوج اسمها لا لفظها — كما سيجىء — بقوله لكن لو غائب جاز بذكر الاسم[٣٣] »

(مج ك)

٢٩ ن — المقدسى (١٠٠٤ هـ) ، أوضح رمز على نظم الكنز ، ج ٢ ، ق ٣ ، س ٢٦ : « ولابد من سماع كل كلام الآخر لأنه لو لم يسمع كالغائب[٣٤] »

٣٠ ن — سراج الدين بن نجيم (١٠٠٥ هـ) ، النهر الفائق ، ج ٢ ، ق ٣ ، س ٢٣ : « والانعقاد هو ارتباط أحد الكلامين بالآخر على وجه يسمى باعتباره عقداً شرعياً مستعقباً الأحكام ، وذلك بوقوع الثانى جواباً محققاً لغرض الكلام السابق ويسمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه كذا فى الفتح[٣٥] »

٣١ ن — الحموى (١٠٩٨ هـ) ، كشف الرمز عن خبايا الكنز ، ج ٢ ، ق ٤ ، س ٤٩ ، « وسماع كل منهما كلام صاحبه » .

٣١ ن/١ — المرجع السابق ، نقلا عن فتح الله المعين ، ج ٢ ، ص ٦ س ٢٦ : « ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، إذ لولاه لم يتحقق الرضا بين الطرفين فلا ينعقد النكاح . درر[٣٦] فيه بحث ، وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن نكاح المكره غير صحيح ، وهو فى طرف المنع ، إذ النكاح من الاشياء التى يؤثر فيها

---

(٣٢) ثالث المعممين لشرط السماع ، ر : هـ / ١٧ / .

(٣٣) ثانى القائلين بعدم اطراد شرط السماع فى حالتى عقد الفضولى والتعاقد بين الغائبين .

(٣٤) رابع المدلين باتحاد المجلس ، ر : هـ / ٥ / .

(٣٥) ثالث المدلين بالارتباط ، ر : هـ / ٤ مكرر / .

(٣٦) ر : ١٢ ن .

الإكراه، كالطلاق والعتاق واليمين . قال فى التنوير وغيره، وصح نكاحه، يعنى المكره وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطأ . فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ويقال فى التعليل إذ لو لا السماع لم ينعقد النكاح، ووجهه أن السماع شرط فى الإيجاب والقبول، كما صرح به فى المعتبرات، وإذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم أن النكاح لا ينعقد بدونهما، لأنهما ركنان له، حموى[٣٧] . »

(مج د)

٣٢ ن — عبدالحليم (١٠٦٠هـ)، كشف رموز غرر الأحكام، جـ ٢، ص ٢١٠، س ١٨ : « (وقد عرفت أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر) قد أفاد أنه ينعقد بها فى الغيبة بأن كتب وأشهد رجل جماعة فأوصلوا الكتاب إلى المرأة، فقرأته عندهم فقبلت بلفظ من ألفاظ النكاح ينعقد عند أبى يوسف خلافاً لهما[٣٨]، لأن الكتاب من الغائب كالخطاب من الحاضر »

(مج م)

٣٣ ن — مصطفى بن عمر (١٠٦٦ ؟) المنتقى شرح الملتقى، ق ٧٢، س ١١ : « (وشرط) لصحة العقد المذكور (سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما لم يصح كما فى سائر العقود[٣٩] إلا أنه يشكل الاطلاق بنكاح الفضولى بما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيجىء ذكره القهستانى[٤٠] »

٣٤ ن — شيخ زادة (١٠٧٨ هـ)، مجمع الأنهر شرح ملتقى الأبحر، جـ ١،

---

(٣٧) أول المعترضين على التعليل بالرضا والقائل الأول لمعيار الشرعى راجع ما سبق ف ١٨٧، ص ١٧٩ وقد ردد الاعتراض على التعليل بالرضا كل من الحلبى، ر : هـ / ٥١ /، والطحطاوى ر : هـ / ٥٣ /، والرحمتى، ر : هـ / ٥٤ /، وابن عابدين، ر : هـ / ٥٧ / والسندى ر : هـ / ٦٠ / والرافعى، ر : هـ / ٦٥ /.

(٣٨) ثانى المشيرين إلى الخلاف فى الفقه الحنفى حول انعقاد النكاح بالكتابة بين غائبين .

(٣٩) رابع المعممين لشرط السماع، ر : هـ / ١٧ / .

(٤٠) ثالث القائلين بعدم اطراد شرط السماع ر : هـ / ١٨ /.

ص ٣٢٠ ، س ٧ : « (وشرط) لصحة النكاح (سماع كل من العاقدين) سواء كانا زوجين أو غيرهما[٤١] لكن يشكل الإطلاق بنكاح الفضولى ، وبما إذا ذكر اسم امرأة غائبة ، كما فى القهستانى ولكن فيه مافيه تدبر[٤٢] (لفظ الآخر) حقيقة أو حكما[٤٣] كما إذا كتب رجل وأشهد جماعة ، فأوصلوا الكتاب إلى امرأة فقرأته عندهم فقبلت عندهم ذلك التزويج ؛ ينعقد النكاح عند أبى يوسف ؛ لأن الكتاب كالخطاب خلافاً لهما[٤٤] »

(مجموعة تنوير الأبصار)

٣٥ ن — التُمُرْتاشى (١٠٠٤ هـ) تنوير الأبصار ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ ، س ٤ : « وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر » .

٣٦ ن — الفقيه السابق ، منح الغفار شرح تنوير الأبصار ، جـ١ ، ق ١٤٢ ، س٤ : « (وشرط سماع كل من المتعاقدين لفظ الآخر) إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين ، فلا ينعقد النكاح[٤٥] وقد عرفت أنه لا ينعقد بالكتابة من الحاضر فلا بد من سماع العبارة . وأما الفهم فقال فى التجنيس ولو عقدا عقد النكاح بلفظ لا يفهمان كونه نكاحاً ، هل ينعقد ؟ اختلف المشايخ فيه[٤٦] قال بعضهم ينعقد ، لأن النكاح لايشترط فيه القصد ، انتهى . يعنى أنه يصح مع الهزل . وظاهره ترجيحه » .

٣٧ ن — الحصكفى (١٠٨٨هـ) ، الدر المختار على تنوير الأبصار ، جـ٢ ، ص ٢٧٨ ، س ٤ : « (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما[٤٧] » .

---

(٤١) رابع الموسعين لمفهوم العاقد ر : هـ / ٩ / .

(٤٢) خامس القائلين بعدم اطراد شرط السماع ر : هـ / ١٨ / .

(٤٣) رابع القائلين بالسماع الحكمى ر : هـ / ٧ / .

(٤٤) ثالث المشيرين إلى الخلاف فى الفقه الحنفى حول انعقاد النكاح بين غائبين ر : هـ / ١١ / .

(٤٥) خامس المعللين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(٤٦) ثانى المشيرين إلى عدم اشتراط الفهم ر : هـ / ٢٤ / .

(٤٧) سادس المعللين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

القرن الثانى عشر

(ج ك)

٣٨ ن — أبو السعود (١١٦٠ هـ) أنظر ما سبق فتح الله المعين ٣٠ ن/١ :
« وأقول فى قوله (السيد الحموى) وفيه بحث إلى قوله وهو فى طرف المنع نظر ظاهر ، إذ غاية ما يستفاد من عبارة الدرر عدم انعقاده عند عدم الرضا منهما معاً ، وهومسلم ، وليس فيه ما ينافى صحة انعقاده إذا وجد الرضا من جانب وإن كان مكرهاً ، حتى يستقيم الرد عليه بعبارة التنوير .

والحاصل أن الرضا من جانبها شرط لا من جانبه . استفيد هذا من مجموع عبارة القهستانى والتنوير . أما استفادة اشتراط رضاها فمن كلام القهستانى حيث صرح بفساده إذا كان الإكراه من جهتها ، ذكر ذلك فى فصل المهر . وأما عدم اشتراط رضاه هو فلما سبق عن التنوير من قوله وصح نكاحه يعنى المكره ومن هنا يعلم سقوط ما ذكره من التصويب[٤٨] » .

(ج م)

٣٩ ن — السيد الحلبى (١١٠٤ هـ) ، شرح ملتقى الأبحر ، ق ٩٧ ، س ٥٢ :
« (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) لأن عدم سماع أحدهما لفظ الآخر بمنزلة غيبته[٤٩] » .

٤٠ ن — المرعشى (١٢٠٠ هـ) المعادل ، ق ٨٥ ، س ٤٨ : « (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) لان النكاح عقد يتعلق بالرضا ، فإذا لم يسمعه ، لم يتحقق[٥٠] » .

---

(٤٨) سابع المللين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(٤٩) خامس المللين باتحاد المجلس ر : هـ / ٥ / .

(٥٠) ثامن المللين بالرضا ر : هـ / ٤ / .

(مج ت)

٤١ ن — إبراهيم الحلبي (١١٩٠ هـ) تحفة الأخيار على الدر المختار ، ق ٢١٥ ، س ٤٤ : « (قوله ليتحقق رضاهما) فيه [٥١] أن النكاح يصح مع الهزل ، ولا رضى مع الهزل ، تأمل ! »

القرن الثالث عشر

(مج و)

٤٢ ن — أبو المكارم (١٢٩٦ هـ ؟) شرح مختصر الوقاية ، جـ ٢ ، ص ٤ ، س ٤ : « (وشرط النكاح سماع كل منهما) أي المزوج والمتزوج [٥٢] (لفظ الآخر) » .

(مج ت)

٤٣ ن — الطحطاوي (١٢٣١ هـ) ، حاشية على الدر المختار ، جـ ٢ ، ص ١٠ ، س ١٨ : « (وشرط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما (قوله ليتحقق رضاهما) فيه [٥٣] أن النكاح يصح مع الهزل . في أبي السعود الرضا من جانبها شرط لا من جانبه لما صرح به في القهستاني في فصل المهر من فساد النكاح إذا كان الإكراه من جهتها . وأما عدم اشتراط رضاه فلما في التنوير من قوله وصح نكاحه يعني المكره اهـ ملخصاً . فإن قلت : يجاب بأن المراد بالرضا هو الاختيار ، وعدم الإكراه وإن لم يكن هناك قصد . أجيب . بأنه إنما يظهر في حقها ، أما في حقه فيصح مع الإكراه كما علمت . »

٤٤ ن — الرحمتي (؟) ، حاشية على الدر المختار ، نقلا عن رد المحتار ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ : « (قوله ليتحقق رضاهما) أي ليصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا إذ

---

(٥١) ثاني المعترضين على التعليل بالرضا ر : هـ / ٣٧ / .

(٥٢) يلحظ تضييق مفهوم العاقد ، قارن : هـ / ٩ / .

(٥٣) ثالث المعترضين على التعليل بالرضا ر : هـ / ٣٧ / .

حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح لصحته مع الإكراه والهزل[٥٤] » .

٤٥ ن — المغربى (١٢٣٨ هـ ؟) ، تعاليق الأنوار على الدر المختار ، جـ ١ ، ق ١٢٤ ، س ٢٠ : « (وشرط سماع كل من العاقدين الخ) فلولم يسمع إلا أحدهما لم يصح ، إلا أنه يشكل بنكاح الفضولى ، وبما إذا ذكر الزوج اسم امرأة غائبة كما سيجىء ذكره القهستانى[٥٥] »

٤٦ ن — ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) ، رد المحتار ، جـ ٢ ، ص ٢٧٨ ، س ٣٢ : « (قوله سماع كل) أى ولو حكماً[٥٦] كالكتاب إلى غائبة لأن قراءته قائمة مقام الخطاب كما مر . (قوله ليتحقق رضاهما) أى ليصدر مامن شأنه أن يدل على الرضا ، إذ حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح لصحته مع الإكراه والهزل ، رحمتى[٥٧] وذكر السيد أبو السعود أن الرضا شرط من جانبها لا من جانب الرجل . . . وأقول فيه نظر[٥٨] » .

٤٧ ن — السندى (١٢٥٧ هـ) : طوالع الأنوار ، جـ ٥ ، ق ٣٠ ، س ٣ : « (وشرط) فى صحة النكاح (سماع كل من العاقدين) سواء كانا زوجين أو غيرهما ، فتشمل الوكيلين والفضولى من جانب والأصيل من جانب آخر ، والفضوليين من الجانبين[٥٩] (لفظ الآخر) ليتحقق رضاهما أى ليصدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، إذ حقيقة الرضا غير مشروطة فى النكاح ، لصحته مع الإكراه

---

(٥٤) أول القائلين بالرضا الحكمى ، ورابع المعترضين على التعليل بالرضا الحقيق ر : هـ / ٣٧ / ، وقد ردد التعليل بالرضا الحكمى بعده كل من ابن عابدين ر : هـ / ٥٧ / والسندى ر : هـ / ٦٠ / .

(٥٥) سادس القائلين بعدم اطراد شرط السماع ، ر : هـ / ١٨ / .

(٥٦) خامس القائلين بالسماع الحكمى ، ر : هـ / ٧ / .

(٥٧) خامس المعترضين على التعليل بالرضا الحقيق ر : هـ / ٣٧ / . وثانى القائلين بالرضا الحكمى ، ر : هـ / ٥٤ / .

(٥٨) ر : ٣٨ ن .

(٥٩) خامس الموسعين لمفهوم العاقد ر : هـ / ٩ / .

والهزل[٦٠] وقال أبو السعود الرضا من جانبها شرط لا من جانبه ... ومال الشامى[٦١] إلى صحة النكاح فيما لو كانت مكرهة أيضاً ، لإطلاق قولهم أن نكاح المكره صحيح كطلاقه وعتاقه ، قال ولفظ المكره شامل للرجل والمرأة ومن ادعى التخصيص فعليه إثباته بالنقل الصريح » .

القرن الرابع عشر

(مح و)

٤٨ ن — محمد عبد الحى (١٣٠٤ هـ) عمدة الرعاية على الوقاية ، ج ٢ ، ص ٩ س ٢ : « (وشرط سماع كل واحد منهما لفظ الآخر) قوله سماع أى ولو حكماً[٦٢] إلى غائبة ، لأن قراءته قائمة مقام الخطاب قوله إنما اشترط سماع لفظ الآخر ليتحقق الرضا كالكتاب فيرتبط القبول بالإيجاب[٦٣] » .

(مح ت)

٤٩ ن — الرافعى (١٣٢٣هـ) ، التحرير المختار لرد المحتار ، ج ١ ، ص ١٨٠ — ١٨١ ، س ٣١ : « (قوله لأن قراءته قائمة مقام الخطاب) الظاهر أن مسئلة الكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر ، لأن القراءة وإن أقيمت مقام الخطاب لم يوجد من الكاتب سماع القبول من الآخر ، لا حقيقة ولا حكما[٦٤] وإن وجد من المكتوب إليه السماع حكما بالقراءة . . . (ص ١٨١) قول الشارح (ليتحقق رضاهما) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمعاً لها ، وقبلت

(٦٠) سادس المعترضين على التعليل بالرضا الحقيقى ر : هـ /٣٧/ ، وثالث القائلين بالتعليل بالرضا الحكمى ر : هـ /٥٤/ .

(٦١) يقصد بالشامى : ابن عابدين .

(٦٢) سادس القائلين بالسماع الحكمى ر : هـ / ٧ / .

(٦٣) ثامن المعللين بالرضا ر : هـ / ٨ / .

(٦٤) سابع القائلين بالسماع الحكمى ر : هـ / ٧ / وهو أول من نبه إلى أن القبول فى التعاقد بين غائبين مستثنى من شريطة السماع .

غير مسمعه له قبولها ، فقد صدر منهما ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع هذا لا ينعقد النكاح ، تأمل[٦٥] »

٥٠ ن — الهاشمي (١٣٤٣ هـ) حميد الآثار في نظم تنوير الأبصار ، ص ١٨ ، س ٩ :

وبالنكاح أو بتزويج عقد   وما لملك اليمين في المال عهد
وفي عرف كلام فانظرا   ويشترط استماع كل آخرا
(ج ف)

٥١ ن — محمد قدرى باشا (١٩٠٦ ؟) الأحكام الشرعية ، م٦ : « يشترط لعقد النكاح . . . سماع كل منهما كلام الآخر وأن يفهما معناه[٦٦] ».

٥٢ ن — قانون الأحوال الشخصية السورى (١٢٧٤ هـ ١٩٥٣ م) م ١١ : « يشترط أن يكون كل من المتعاقدين سامعاً كلام الآخر ، وفاهما أن المقصود به الزواج[٦٧] » .

---

(٦٥) سابع المعترضين على التعليل بالرضا الحقيقي ر : هـ / ٣٧ / وأول المعترضين على التعليل بالرضا الحكمي ، ولكنه يظل معترفاً بالشرط رغم انتهائه إلى وهاء الأساس الذى يستند إليه .

(٦٦) يلاحظ أن قدرى (باشا) أخذ بالرأى القائل بعدم اشتراط الفهم ، ر : هـ / ٢٤ / .

(٦٧) اعتد قانون الأحوال الشخصية السورى بفهم العاقدين ، ر : هـ / ٢٤ /

شرط السماع فى الإيجاب والقبول
فى التعاقد بين الحاضرين فى عقد النكاح

نتكلم فيما يلى فى النواحى الآتية : (١) رائد شرط السماع (٢) تطوره (٣) تعليله .

(١) **رائد هذا الشرط** : لسنا نستطيع أن نحدد على الضبط القائل الأول باشتراط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد النكاح كما تسنى لنا ذلك فى عقد البيع . وإنما نستطيع أن نحدد أقدم كتاب نص عليه . إنه كتاب الخلاصة لافتخار الدين . وقد يكون هذا الأخير هو رائد هذا الشرط وقد يكون غيره . ويدعونا إلى عدم البت فى هذا عدم ذكر صاحب الخلاصة لفظ (عندى) عند إيراده هذا الشرط ، ذلك أن لفظ عندى هو لفظ تقليدى ، يستعمله الفقهاء عادة قبل الإدلاء بآرائهم الخاصة .

ويلاحظ أن عمر بن نجيم صاحب النهر قد أورد فى كلامه ما يشعر بأنه زعيم بأنه القائل الأول بتوسيع هذا الشرط على النكاح . جاء فى كتابه : « ويتخرج على الخلاف كل ما يتعلق بالنطق كالطلاق والعتاق والاستثناء وتسمية الذبائح وسجود التلاوة والبيع ، وقيل الصحيح فى البيع أنه لابد أن يسمع المشترى ، كذا فى الفتح .

أقول . ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل مايتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح ، (ر : ٥١ ب) . »

ويبدو خطأ هذا الزعم إذا ما رجعنا إلى العرض التاريخى الذى أدرجناه سابقاً ، إذ يُتيقن منه أن صاحب النهر ليس هو الرائد الأول لهذا التوسيع ، بل ثمة مايقارب الثلاثين فقيها نوهوا عن هذا التوسيع قبله ، اعتباراً من كتاب الخلاصة الصادر فى القرن السادس ، حتى كتاب أوضح رمز الصادر فى مطلع القرن الحادى عشر ١٠٤٨ (ر : ٢٩ ن) .

وإن أول كتاب نجد فيه النص على اشتراط السماع فى غير البيع هو كتاب الخلاصة لافتخار الدين إذ جاء فيه أن اشتراط السماع هو المختار فى النكاح والخلع (ر : ١ ن) وإذا ماعرفنا أن صاحب الخلاصة توفى عام ٥٤٢ هـ ، وأن صاحب النهر توفى عام ١٠٠٥ هـ ، أدركنا أن مهد هذا التوسيع لم يكن فى مطلع القرن الحادى عشر

بل كان فى منتصف القرن السادس ؛ وبين التاريخين مايقارب الخمسة قرون .

ويلاحظ أن الفقهاء الذين أتوا بعد صاحب النهر قد نقلوا توسيع صاحب النهر دون مناقشة .

جاء فى فتح الله المعين لأبى السعود : « والصحيح أنه لابد من سماع المشترى كما فى الفتح ، زاد فى النهر كل مايتوقف تمامه على القبول ، وإن لم يكن مبادلة ، كالنكاح . (ر : ٦٤ب) » .

وجاء فى رد المحتار : « قال فى النهر : أقول ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل مايتوقف تمامه على القبول . ولو غير مبادلة كالنكاح (ر : ٧٤ب وقارن : ٤٦ ن) »

وجاء فى طوالع الأنوار : « قال فى النهر : أقول ينبغى أن يكون الحكم كذلك فى كل مايتوقف تمامه على القبول ، ولو غير مبادلة ، كالنكاح (ر : ٧٥ ب وقارن ٤٧ ن) . »

وإذا كان كل من صاحب النهر وصاحب فتح الله المعين معذورين فى جهلهما لما أتى به صاحب الخلاصة باعتبارهما يشرحان متن الكنز وهو خلو من هذا الشرط ، وإذا كانا أيضاً معذورين فى جهلهما لما ورد فى متن الوقاية وشروحه ، ومتن النقاية وشروحه ، من نص على اشتراط هذا السماع .

فليس ابن عابدين والسندى بمعذورين فى إقرار أسبقية صاحب النهر إلى هذا التوسيع مادام صاحب متن التنوير الذى يضمان حاشيتهما على شرحه قد تعرض صراحة إلى اشتراط السماع فى كتاب النكاح (ر : ٣٥ ن) ولقد كان حرياً بهما أن لايعزيا هذه الأسبقية لصاحب النهر (المتوفى سنة ١٠٠٥) بل يعزوانها على الأقل إلى صاحب التنوير المعاصر له (المتوفى سنة ١٠٠٤) .

هذا ولسنا نعتبر خلو متن الكنز من شرط السماع عذراً كافياً لأبى السعود فى نقله ، وصاحب النهر فى ادعائه توسيع شرط السماع ذلك أن ثمة من شراح الكنز وممن هم سبقوا هذين الفقيهين ، قد تعرضوا لشرط السماع فى النكاح، من هؤلاء صاحب البحر الرائق (ر : ١٩ ن) والمقدسى صاحب أوضح رمز على نظم الكنز (ر : ٢٩ ن) ومنلا خسرو صاحب الدرر (ر : ١٢ ن) الذى نوه أبو السعود فى مقدمته أن كتابه يعتبر شرحاً له استطراداً ، ولمنلامسكين استقلالا (جـ ١ ، ص ٢) .

(١) تطور شرط السماع : أثير حول شريطة السماع في النكاح بعد تقريره في بعض الـكتب المعتبرة شك حول إمكان تعميمه على حالة التعاقد بين غائبين وحالة التعاقد عن طريق الفضالة ، ولقد كان القهستاني أول من أثار هذا الشك في كتابه جامع الرموز جاء فيه : « و (شرط) لصحة النكاح (سماع كل منهما) أي المتعاقدين (لفظ الآخر) فلو لم يسمع إلا أحدهما ، لم يصح ، كما في سائر العقود ، إلا أنه يشكل الاطلاق بنكاح الفضولي وبما إذا ذكر للزوج اسم امرأة غائبة (ر : ١٧ ن) » .

ولقد ردد هذا التعارض كل من القراني ومصطفى بن عمر وشيخ زادة والمغربي . ومحمد أخي جلبي في كتابة ذخيرة العقبي إلى إزالة الإشـكال الثاني عن طريق إدخال النائب والفضولي في مفهوم العاقد (ر : هـ / ٩ /) وردد بعده هذا التوسيع لمفهوم العاقد كل من البرجندي ، وابن الـكمال باشا وشيخ زادة والسندي . أما الإشـكال الاول فقد ظل بدون حل ، واعتبر التعاقد بين غائبين مستثنى من شريطة السماع . ولقد كان أول من أشار إلى هذا الاستثناء بوضوح الفقيه الرافعي فقد جاء في تقريره « الظاهر أن مسئلة الـكتاب مستثناة من اشتراط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر لأن القراءة وإن أقيمت مقام الخطاب ، لم يوجد من الـكاتب سماع القبول من الآخر ، لا حقيقة ولا حكما ، وإن وجد من المـكتوب إليه السماع حكما بالقراءة (ر : ٤٩ ن) » .

ولقد كان الرأي السائد في الفقه الحنفي يتجه إلى عدم اشتراط الفهم إلى جانب السماع بينما رأينا أن الفقهاء في عقد البيع يشترطون السماع إلى جانب الفهم . ولقد كان مقتضى عدم اشتراط الفهم في نظرنا في عقد النـكاح أن لا يشترط السماع . لأن الثاني وسـيلة للأول ، وما دام الشارع قد زهد بالغاية فأحر به في نظرنا أن يزهد بالوسيلة ويلاحظ ثانياً أن المتون المتأخرة قد عنيت بشرط السماع في النـكاح أكثر من عنايتها به في البيع وهذه مفارقة أخرى تسترعي النظر ذلك لأن شريطة السماع في البيع هي أولى بالعناية من شريطة السماع في النـكاح وآية ذلك أن الفقهاء يشترطون في هذا العقد الأخير سماع الشاهدين للايجاب والقبول ، وهذا السماع في نظرنا يغني عن شريطة سماع العاقدين لأن ما كان مسموعاً من الشاهدين يكون مسموعاً من العاقدين عادة . ولعل مرد الاحتفال بشرط السماع في النـكاح يرجع إلى كون هذه

الشريطة شريطة شكلية[1] تليق بعقد النكاح الذى هو فى دوره عقد شـكلى .

تعليل شرط السماع : (١) التعليل النقلى : يفيد هذا التعليل أن شرط سماع العاقدين فى النكاح هو شرط انعقاد · لأن الـكتب المعتبرة نصت على اشتراطه . ولقد صرح السيد أحمد الحموى باستناده إلى النقل فى دعمه لهذا الشرط عند رفضه للتعليل الذى أتى به صاحب الدرر ، والقائل بأن الرضا هو أساس اشتراط السماع . واستند فى رفضه إلى أن النـكاح ليس يفتقر إلى الرضا فى صحته ما دام يصح مع الإكراه .

جاء فى فتح الله المعين : « ويشترط سماع كل من العاقدين لفظ الآخر إذ لولاه لم يتحقق الرضا من الطرفين ، فلا ينعقد النـكاح ، درر » ·

وفيه بحث · وهو أن ظاهر هذا التعليل يقتضى أن نـكاح المـكره غير صحيح وهو فى طرف المنع ، إذ النـكاح من الأشياء التى لا يؤثر فيها الاكراه كالطلاق والعتاق واليمين . قال فى التنوير · وصح نـكاحه ، يعنى المـكره ، وطلاقه وعتقه ورجع بقيمة العبد ونصف المسمى إن لم يطأ ·

فالصواب أن يسقط لفظ الرضا من البين ، ويقال فى التعليل إذا لولا السماع لم ينعقد النـكاح .

ووجهه أن السماع شرط فى الإيجاب والقبول ، كما صرح به فى المعتبرات ، وإذا فقد الشرط فقد المشروط ومعلوم أن النـكاح لا ينعقد بدونهما ، لأنهما ركنان له حموى (ر : ٣٠ن / ١ »

الاعتراض على التعليل النقلى : يرد على التعليل النقلى أمران : (١) تضعيف المرغينانى لهذا الشرط (٢) عدم وروده فى أكثر الـكتب المعتبرة .

أما تضعيف المرغينانى — وقد عده ابن الـكمال باشا من أصحاب الترجيح — فنجده فى كتابه مختارات النوازل وهو يقول : « وقيل لا يصح (النـكاح) ما لم يسمع كل واحد من العاقدين كلام صاحبه (ر : ٣ ن) » .

وأما سكوت أكثر الـكتب المعتمدة عن ذكر هذا الشرط فنجد إشارة إليه

(١) راجع ما سبق ، ف ١٧٣ ، ص ١٦٧ .

فى كتاب الاصلاح[1] لابن الكمال باشا .

« ذكر هذا الشرط (شرط السماع) فى الخلاصة ، ولم يذكر فى عامة الكتب ، بل ذكر فى بعضها ما يدل على أنه ليس بشرط[2] (ر : ١٥ ن) »

التعليل الفنى : استند الفقهاء إلى مسوغات متعددة فى تعليلهم لشرط السماع نوردها فيما يلى مشيرين إلى الفقهاء الذين ارتضوها حسب ورودهم الزمنى .

(١) **الرضا الحقيقى** : ذهب السيوسى إلى أن رضا المتعاقدين لا يتحقق إلا بسماعها (ر : هـ/٤/) وقد ردد بعده هذا التعليل كل من منلا خسرو ، الحلبى ، عبد الرحيم باشا ، التمرتاشى ، الحصكفى ، أبو السعود ، المرعشى .

(٢) **فكرة الارتباط** : ذهب الكمال بن همام إلى أن الارتباط بين الإيجاب والقبول يستلزم سماع المتعاقدين (ر : هـ/٤ مكرر /) وقد ردد بعده هذا التعليل كل من الباقانى وصاحب النهر .

---

(١) وهو كتابان (الاصلاح) وقد أراد به إصلاح ما فى شرح الوقاية لصدر الشريعة من أخطاء و (الايضاح) وقد عمد فيه إلى إيضاح ما فى هذا الاصلاح من إبهام . « قال الجامع : قد طالعت من تصانيفه (ابن الكمال) الاصلاح والإيضاح فوجدته محققاً مدققاً مولماً فى الإيرادات على الوقايه وشرحها لصدر الشريعة أكثرها غير واردة ولم يورث ايراده عليهما نقصاً فى اشتهارهما والاعتماد عليهما ولم يشتهر تصنيفه كاشتهارهما والحق أن قبول تصنيف فى أعين المستفيدين واعتماده فى أبصار الفاضلين ليس مداره على مقدار فضل المؤلفين وإنما هو فضل من رب العالمين ! ... (ر : فب ، ص ٢٢) » .

(٢) إن هذا التصريح الذى أدلى به ابن الكمال هو من الخطورة بمكان ، وذلك لأنه صادر لامن فقيه عادى بل من فقيه محقق ، استطاع بفضل سعة اطلاعة على المصادر الفقهية :

أن يضع أولا السلم الطبق للفقهاء الذى كان موضع عناية من خلفه والذى لا يجرؤ على وضعه إلا من استطاع أن يسبر أعماق المصادر الفقهية لكى يتسنى له الحكم على قيمتها وقيمة أصحابها .

وهو ثانياً بفضل هذا الاطلاع الواسع استطاع أن يقرر إصلاح متن الوقاية ، وهو متن كان موضع تقديس وتقليد الشراح الذين سبقوه إلى شرحه ، وأن دعوة عريضة كدعوى إصلاح متن شهير استقرت أركانه تكلف بدون شك صاحبها إلقاء نظرة شاملة على كل المصادر الفقهية .

ولقد كان من ثمرات هذه النظرة الشاملة هذه الملاحظة التى أدلى بها ابن الكمال ، والتى لم يلتفت إليها بقية الشراح .

ويبدو أن هذه النظرة المتفحصة المتأملة التى القاها ابن الكمال على متن الوقاية لم ترق البعض فوصمه بأنه « مولع فى الايرادات » .

ونحن نحمد لابن الكمال ملاحظته القيمة فى الموضوع الذى نعالج لأن ماانتهينا إليه فى بحثنا يتفق والشك الذى القاه ابن الكمال على هذا الشرط .

(٣) فكرة اتحاد المجلس : ذهب الشُمُنِّى إلى أن حضور العاقدين فى مجلس العقد يقتضى سماعهما (ر : هـ/٥/) ، وقد ردد بعده هذا التعليل كل من ابن نجيم والهروى والمقدسى والسيد الحلبى .

(٤) مفهوم الكلام : ذهب ابن ملك إلى أن حد الكلام يستوجب سماع العاقدين (ر : هـ/٦/) .

(٥) فكرة التخاطب : ذهب صاحب مفتاح القيود إلى أن التخاطب بين المتعاقدين يقتضى سماعهما (ر : هـ/٣١/) .

(٦) الرضا الحكمى : ذهب الشيخ الرحمتى إلى أن ضرورة السماع تبنى على الرضا الحكمى (ر: هـ/٥٤/) وقد ردد بعده هذا التعليل كل من ابن عابدين والسندى .

الاعتراض على التعليل الفنى : استهدف تأسيس شرط السماع فى عقد النكاح على فكرة التراضى لنقد السيد الحموى (ر : هـ/٣٧/) وقد ردد الاعتراض بعده كل من الحلبى والطحطاوى والرحمتى وابن عابدين والسندى والرافعى .

ويلاحظ أن السيد الحموى قد استبدل بمعيار الرضا معياراً شرعياً عول فيه على الكتب المعتمدة ، أما الرحمتى وابن عابدين والسندى فقد استبدلوا بمعيار الرضا الحقيقى معياراً موضوعياً يستند إلى فكرة الرضا الحكمى . أما الشيخ الرافعى فقد رفض التعليل دون أن يأتى بتعليل جديد ، جاء فى تقريره .

« (قول الشارح ليتحقق رضاها) هذه العلة قاصرة ، فإنه إذا أوجب الرجل مسمعاً لها ، وقبلت غير مسمعة له قبولها ، فقد صدر ما من شأنه أن يدل على الرضا ، ومع هذا لا ينعقد النكاح ، تأمل[1] . »

---

(١) ويرد على الشيخ عبد القادر الرافعى أنه :

١ — لم يرفض شرط السماع فى القبول بعد ماثبت لديه ضعف الأساس الذى يرتكز عليه .

٢ — أنه اعتبر الايجاب فى النكاح تعبيراً متلقى يشترط فيه السماع كما يفيد كلامه الوارد اعلاه بينما هو يعتبر الايجاب فى البيع تعبيراً ملقى لا يشترط فيه السماع قارن النص الوارد فى المتن مع النص ذى الرقم ٧٦ ب . ولا داعى فى نظرنا للتفرقة بين إيجاب البيع وإيجاب النكاح فكلاهما يجب أن يكون متلقى .

الملحق رقم (٢)

ملحوظاتنا على أبحاث السبب في المؤلفات الحديثة

جاءت كثير من المؤلفات الحديثة فى الفقه الاسلامى خالية من الكلام عن نظرية السبب . وسنبدى فيما يلى ملحوظاتنا على المؤلفات التى تكلمت فيها على ضوء ما انتهينا إليه فى بحثنا .

أولا : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الإسلامية للدكتور شفيق شحاتة (١٩٣٦) : اقتصر الدكتور شفيق شحاته فى رسالته على المذهب الحنفى بوجه خاص، وعنى بإبراز دور السبب الفنى ، واعتبر مفهوم المعادلة بديلاً عن السبب بالمفهوم التقليدى[1] أما السبب المصلحى فقد نفى اعتداد الأحناف به .

وما انتهى إليه الدكتور شحاته يتفق وما قررناه سابقاً من أن الأحناف لا يعتدون بالباعث فى الأحوال التى لايثبت وجوده فى صلب التعبير عن الإرادة .

ثانيا : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية للدكتور صبحى المحمصانى (١٩٤٨) : تعرض المؤلف لبحث السبب فى الفقه الاسلامى ، وانتهى منه إلى النتائج الثلاث الآتية :

أولا : إن الفقهاء المسلمين بحثوا « نظرية السبب » بصورة علمية فى علم أصول الفقه[2] .

---

(١) راجع ما سبق ، ف ٥٢١ ، هامش رقم ٢ ص ٤٩٤ — ٤٩٥ .

(٢) ويقول الدكتور صبحى المحمصانى فى هذا الصدد (جـ ٢ ، ص ٨٩) :

« على أنه إذا فاتهم بحث السبب كنظرية عامة فى العقود فإنه لم يفتهم بحثه بصورة علمية فى أصول الفقه ، ولا بحثه بصورة عملية فى علم الفروع ، وفى أبواب العقود المختلفة . وليس من العجب أن لا يهمل الفقهاء هذه المسألة المهمة . فإنه إذا كانت نظرية السبب ضرورية ، وإذا كان السبب ركناً حقيقياً للعقد ، فهل يعقل أن لا نجد شيئاً عنه فى كتب الفقهاء المسلمين ، وهم كما أثبتنا فى مواضع أخرى عديدة لم يتركوا قولا مفيداً أو غير مفيد إلا وقالوه ، ولا باباً عملياً أو فرضياً إلا وطرقوه ؟ وهل من ينكر تعمقهم فى الأمور وعلو كعبهم فى ميدان الفقه ، كل ذلك طبعاً مع اعتبار نسبة الزمان والمكان ، ولكن لا ينبغى أن نبالغ فى أهمية ما كتبوه . »

والواقع أنه لا صلة بين نظرية السبب وعلو كعب قائلها فى ميدان الفقه . بل إننا لنجد بين خصوم هذه النظرية فقهاء لهم وزنهم فى هذا الميدان .

ثانياً : إن السبب فى الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر .

ثالثا : إن الفقه الإسلامى تغلب عليه النزعة الذاتية .

وهذه النتائج الثلاث فى نظرنا محل للنقد .

أما الأمر الأول فغير خاف أن السبب الذى يبحثه الأصوليون هو جد مغاير لمفهوم السبب فى الفقه الغربى . فالسبب فى عرف الأصوليين له معنيان عام . وهو مادل الدليل السمعى على كونه معرفاً لحكم شرعى . وخاص : وهو ما يقابل العلة والشرط . وكلا هذين المعنيين مغاير لمعنى السبب فى الفقه الغربى .

أما الأمر الثانى : وهو أن السبب فى الفقه الإسلامى هو الغرض المباشر المقصود فى العقد ، على غرار السبب فى المفهوم التقليدى ، فهو زعم لايؤيده واقع الشريعة . ونقف هنا عند النصوص التى استند إليها المؤلف لنتبين مدى سلامة الأساس الذى بنى عليه رأيه ، يقول الدكتور محمصانى : « ويمكن الاستدلال على ذلك من القواعد الفقهية العامة . فلا مراء أن من مبادىء الشرع الإسلامى : « أن كل فاعل عاقل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض[1] » وأن القصود فى العقود معتبرة وأنها تؤثر فى صحة العقد وفساده وفى حله وحرمته[2] » ، « وللعقود سبب منصوب للحكم إذا أفاد حكمه المقصود منه يقال أنه صح ، وإن تخلف عنه مقصوده يقال أنه بطل[3] .

فإذن إن لكل عقد غرضاً أو سبباً مقصوداً ، وإن « كل سبب لايحصل مقصوده لايشرع[4] » : وهذا الغرض أو السبب يختلف باختلاف فئات العقود ، «فعقد الزواج مثلا سببه التناسل والمكارمة والمودة[5] » . والهبة « سببها إرادة الخير للواهب » والوقف سببه « إرادة محبوب النفس[6] » ، « والمقصود من البيع ونحوه إنما هو

(١) الموافقات ، جـ ٢ ، ص ٣٢٧ .

(٢) إعلام الموقعين ، جـ ٣ ، ص ٩٦ .

(٣) المستصفى للغزالى ، جـ ١ ، ص ٦١ .

(٤) الفروق ، جـ ٣ ، ص ١٧١ .

(٥) الفروق ، جـ ٣ ، ص ١٧١ .

(٦) الدر المختار ، جـ ٤ ، ص ٥٣١ و جـ ٣ ، ص ٤٩٥ .

انتفاع كل واحد من المتعاوضين بما يصير إليه ، فإذا كان عديم المنفعة أو محرما لم يحصل منه مقصوده ، فيبطل عقده والمعاوضة عايه[1] . »

أو بعبارة أخرى ، لقد اعتبر الفقهاء أن السبب فى عقود التبرع هو إرادة الخير والتبرع بحد ذاتها ، وإن السبب فى عقود المعاوضة هو الغرض من الانتفاع بالمعاوضة التى يقصد إليها كل من المتعاقدين .

وإننا نستخلص من أقوالهم أن تعريف السبب هو الغرض المباشر (!!) المقصود فى العقد » وهذا يؤيده ماقدمنا من الشواهد وما سنبين من النتائج . وأن هذا كله يثبت على الجملة بدون تردد ولا مبالغة (!!) أن فى الشريعة الإسلامية من الضوابط والأحكام ، مايصلح أساساً لنظرية السبب .

وإن هذه النظرية أوسع من النظرية السببية الفرنسية القديمة ، لأنها لاتعتبر فى العقد السبب فحسب ، بل تعتبر أيضاً الباعث الشخصى ... فلذا قلنا فى التعريف الذى استخلصناه ، والذى لم نبتكره (!!) أن السبب هو الغرض المباشر المقصود فى العقد[2] . »

والواقع أن المؤلف قد بالغ فى دعواه ، وكان حرياً به أن يتردد قبل فرضه هذه النظرية على الفقه الإسلامى . وسيتسنى لنا أن نقرر فيما يلى أن التعريف الذى جاء به لمفهوم السبب والذى زعم « أنه لم يبتكره » هو من محض صنع يديه ، وأن الفقه الإسلامى ذا النزعة الموضوعية خال من هذا التعريف الذى ينم عن نزعة ذاتية ، وخال من نظرية السبب بالمعنى الذى ذهب إليه .

١ — يستهل المؤلف استدلاله بنص نقله عن الشاطبى ، يقول فيه : « إن كل فاعل مختار إنما يقصد بعمله غرضاً من الأغراض » .

والواقع أن لفظ القصد الوارد فى هذا النص ، لم يقصد به واضعه البتة السبب القصدى ، كما حاول أن يستخلص منه المؤلف . وإنما أراد منه « قصد التعبد »

---

(١) الفروق ، ج ٣ ، ص ٢٣٨ .

(٢) النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ، ج ٢ ، ص ٩٢ .

و « قصد الامتثال » ، وهو « النظر الأول المفضى إلى العلم بوجود الصانع . والعلم بما لايتم الإيمـان إلا به[1] » . وواضح أن هذا القصد بعيد كل البعد عن « الغرض المباشر » .

٢ — إن المراد بلفظ « المقصود » الوارد فى النص الذى نقله المؤلف عن إعلام الموقعين هو « السبب المصلحى » وهو « الغرض الغير المباشر المقصود فى العقد » ، وليس هو « السبب الفنى » أى الغرض المباشر ، كما يذهب إليه المؤلف .

٣ — إن المراد بلفظ « المقصود » الوارد فى النصوص المنقولة عن كتاب المستصفى وكتاب الفروق هو مقصود الشارع أى « المقصد الأصلى » الذى سبق أن أشرنا إليه فى صياغتنا لنظرية السبب فى الفقه الإسلامى لامقصود العاقد أى السبب التقليدى .

ويلاحظ أن أحد نصوص القرافى قد جاء محوراً فى كتاب الدكتور المحمصانى جاء فيه « فعقد الزواج سببه التناسل والمـكارمة والمودة » وأصل هذا النص « والنـكاح سبب شرع للتناسل والمـكارمة والمودة » . ولقد كان لهذا التحريف خطره من ناحيتين :

أما الناحية الأولى : فهى الإيهام بأن التناسل هو سبب العقد ، والواقع أن العكس هو الصحيح فى مراد القرافى ، كما يدل على ذلك أصل النص ، الذى يشير إلى أن النـكاح سبب شرع للتناسل ، وهذا الإيهام يفضى إلى الاعتقاد بأن التناسل هو السبب الفنى لعقد النـكاح ، أى غرضه المباشر وفق المفهوم التقليدى . وواضح أن صاحب الفروق لايقصد ذلك البتة فى لفظ « السبب » ، وإنما يقصد به « السبب المنشىء » كما يؤدى إليه هذا الاصطلاح عادة فى مفهوم الفقهاء . على أن « التناسل » إذا لم يكن سبباً قصدياً فهو فى الواقع سبب بمعنى « المقصد الأصلى » لعقد النـكاح[2] .

أما وجه الخطر الثانى فى هذا التحريف فيبدو فى نقل بعض الباحثين له وتأثرهم من ثم بدعوى المؤلف .

---

(١) الموافقات ، جـ ٢ ، ص ٣٢٦ .

(٢) الموافقات ، جـ ١ ، ص ٢٤٤ .

فقد جاء فى كتاب مصادر الحق لأستاذنا الدكتور السنهورى « على أن هناك نصوصاً فى الفقه الإسلامى نلمح فيها الفكرة التى تقوم عليها النظرية التقليدية فى السبب فى الفقه اللاتينى . . . » ثم استند فى تقريره هذا إلى كلام الدكتور المحمصانى بقوله : « جاء فى كتاب النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية ص ٩٢ : «على أن الفقهاء يستخلصون أحياناً السبب فى العقد على أنه شىء موضوعى داخل العقد ، لايتغير ، أقرب مايكون إلى السبب فى النظرية التقليدية . فعقد الزواج سببه التناسل والمكارمة والمودة . .[1] »

وننتقل الآن إلى نص صاحب الدر المختار الذى جاء فيه «والهبة سببها إرادة الخير للواهب » . استند الدكتور المحمصانى إلى هذا النص فى تقريره أن السبب فى التبرعات فى مفهوم الفقه الإسلامى هو نية التبرع على غرار السبب فى التبرعات فى المفهوم اللاتينى . والواقع أن هذين المفهومين متغايران . فبينما يهدف التبرع فى الفقه الغربى إلى نفع الموهوب له ، يهدف فى الفقه الإسلامى إلى نفع الواهب ، جاء فى كتاب الالتزامات لبوتييه : «يجب أن يكون لكل التزام سبب شريف . وفى عقود التبرع يكون الجميل الذى يقصد أحد المتعاقدين أن يسديه للآخر سبباً كافياً للالتزام الذى يعقده قبله[2] . »

أما الدليل على أن القصد من التبرعات فى الفقه الإسلامى هو نفع المتبرع ، فنجده فى أساس حق الرجوع فى الهبة بشكل خاص ، جاء فى البدائع : « ولأن المقصود من الهبة هو اكتساب المديح والثناء بإظهار الجود والسخاء[3] . » وجاء أيضاً : «ولأن المقصود من الهبة اكتساب الصيت بإظهار الجود والسخاء . . لأن العوض المالى قد يكون مقصوداً من هبة الأجانب . فإن الانسان قد يهب من الأجنبى إحساناً إليه وإنعاماً عليه ، وقد يهب له طمعاً فى المكافأة والمجازاة عرفاً وعادة[4] » .

ويقول صاحب الدر المختار : « (سبب الهبة إرادة الخير للواهب) يقصد بها دفع

(١) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٥٥ هامش .
(٢) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٦٠ ص ٤٣٤ .
(٣) البدائع ، ج ٦ ، ص ١١٥ .
(٤) البدائع ، ج ٦ ، ص١٢٨ .

شر الموهوب له ، (وقد يراد به الخير للموهوب له) (دنيوى كعوض) يشمل المال ، والمنفعة ، والدعاء ، لما ورد فى الحديث « من أسدى إليكم معروفاً فكافئوه ، فإن لم تقدروا ، فادعوا له » فكان الدعاء عوضاً عن العجز (ومحبة) أى من الموهوب له للواهب لما ورد فى الحديث « تهادوا تحابوا » ولأن القلوب جبلت على حب من أحسن إليها ، بل الفعل الجميل محبب حتى لغير من وصل إليه الجميل عند النفوس الكريمة . (وحسن ثناء) لأن الواهب يوصف بالجود (وأخروى) وهو الثواب إن حسنت النية[1] . »

على أننا نعتقد أن كلمة سبب الواردة فى نص تنوير الأبصار قد جاءت اتفاقا على لسان صاحبها . ولعله يقصد بها الحكمة من تشريع الهبة ، أى الباعث على تشريعها ولعله لم يدر فى خلد صاحب التنوير البتة مايدور فى ذهن السببيين ، فى أن السبب فى التبرعات ، هو نية التبرع ، أى الغرض المباشر الذى يرمى إليه المتبرع من وراء تبرعه[2] والدليل على ذلك ، أن صاحب التنوير قد أشار إلى أن سبب الهبة هو إرادة الخير للواهب ، لا الموهوب له ، كما هو مستفاد من النظرية التقليدية كما تقدم .

أما ماذهب إليه المؤلف من أن نظرية السبب فى الفقه الإسلامى هى نظرية معنوية[3] . فهو فى دوره زعم لايؤيده واقع الشريعة . ذلك أن هذا الواقع يتضمن تفصيلا ، فلقد رأينا أن طابع السبب بالمعنى الفنى ، هو أقرب إلى المادية منه إلى الذاتية فى الفقه الإسلامى . لأنه يستند إلى التعادل من جهة ، وإلى نظرية القصد الأصلى من جهة ثانية ، وكلاهما مفهوم موضوعى لا ذاتى . أما طابع السبب بالمعنى المصلحى ، فهو

(١) تكملة ابن عابدين ، ج ٢ ص ٢٩٦ .

(٢) جاء فى نظرية الشروط المستحيلة وغير المشروعة والمخالفة للاداب لـ Bartin ، باريس ١٨٨٧ ص ٣٦٦ : « التزم بأن أدفع لك مائة ، هذا هو الرضا وأريد ألا استلم منك مقابلا ، هذا هو السبب ؟ وهكذا افتقر لأشهدك على اعترافى بالجميل أو عملى للخير ، هذا هو الباعث . »

(٣) ويقول الدكتور المحمصانى فى هذا الصدد (ج ٢ ، ص ٩٣) : « والخلاصة التى نراها هى أن النظرية السببية الإسلامية نظرية معنوية ، مبنية على تحرى الإرادة والغرض والقصد . فلذا نحن بكل احترام لا نوافق كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن نظرية السبب الإسلامية « لا يمكن أن تكون إلا نظرية مادية . » وواضح مما أسلفنا خطأ ما ذهب إليه المؤلف . (راجع نظرية العقد للسنهورى ، ف ٥٦٢) .

أقرب إلى الموضوعية منه إلى الذاتية ، ذلك لأن بعض المذاهب تشترط إدراجه فى صلب العقد ، وبعضها يشترط اتصال العاقد الآخر به ، وغير خاف أن هذا الاشتراط يمنح السبب المصلحى نوعاً من الموضوعية .

أما الأمر الثالث الذى يذهب فيه المؤلف إلى أنه : « بكل احترام لا يوافق كل الموافقة من قال من الأساتذة الأفاضل بأن « الشريعة الإسلامية تعد من الشرائع التى تتغلب فيها النظرة المادية[1] » [2] » فهو يجافى الصواب ولقد كان من أول أهدافنا فى هذه الرسالة الكشف عن النزعة الموضوعية السائدة فى الفقه الإسلامى .

ثالثا — الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى ، للدكتور محمد يوسف موسى (١٩٥٢) : يرد على هذا المؤلف ما أوردناه على المؤلف السابق ، فقد سار صاحبه على نفس النهج واعتمد على نفس النصوص . يقول الدكتور موسى : « على أنه إن فات هؤلاء الفقهاء بحث « السبب » باعتباره نظرية عامة فى الفقه ، لم يفتهم بحثه فى علم أصول الفقه ، وكانوا بحاجة لهذا البحث مادام السبب الصحيح يعتبر شرطاً لا بد منه فى العقد والالتزام ، إن لم نقل يعتبر من الأركان ، وبخاصة وهو يعم جميع أبواب الفقه من عبادات ومعاملات ، فكل منها لا بد له من سبب شرعى يختلف باختلاف العقود والتصرفات .

ونستطيع من أول الأمر أن نعرف السبب ، فى باب العقود ، بأنه « الغرض المباشر المقصود فى العقد » وذلك أخذاً من كلام الأصوليين ومما يطلقون عليه كلمة سبب[3] » .

ويلاحظ أن المؤلف قد أوجد تعريفاً للسبب عزاه إلى الأصوليين .

هـذا ولقد رجعنا إلى النصوص التى نقلها المؤلف عن الفقهاء والأصوليين فى الاعتداد بالسبب فلم نجد نصاً واحداً منها عرف السبب بأنه « الغرض المباشر » فمن أين أتى المؤلف بهذا التعريف ؟ لا شك أنه استمده من تعريف الفقه الغربى للسبب

---

(١) السنهورى ، المرجع السابق .

(٢) المحمصانى ، المرجع السابق .

(٣) الأموال ونظرية العقد للدكتور محمد يوسف موسى ، ف ٥٣٢ ، ص ٣٨٨ .

الفني . وهذا الاستمداد ، فيما نرى ينبو عن نزعة الفقه الإسلامي ولا مجال لفرضه على شريعة تأباه ![1] .

رابعاً : المدخل الفقهي العام إلى الحقوق المدنية للأستاذ مصطفى الزرقاء (١٩٥٢) : تعرض المؤلف لبحث الباعث في العقود في الفقه الإسلامي عند بحثه لمقومات العقد ، وقرر اعتداد الفقه الاسلامي بعدم مشروعية الباعث إذ يقول : « إن لمشروعية الغرض الباعث على التصرف أو عدم مشروعيته اعتباراً مؤثراً في كثير من أحوال العقود وأحكامها في نظر فقهائنا ، وهذا ما استقر عليه الاجتهاد القضائي الحديث في الفقه الحديث[2] » .

ونرى أن ماقرره المؤلف يتعارض على إطلاقه مع ما انتهينا إليه من وجود تيارين في الفقه الاسلامي تيار ذاتي يعتد بالباعث يمثله المذهبان المالكي والحنبلي وتيار موضوعي يغفل الاعتداد بالباعث ، يمثله المذهبان الحنفي والشافعي .

أما الأمثلة[3] التي جاء بها المؤلف لدعم رأيه في أن الأحناف يعتدون بالباعث

---

(١) ويلاحظ أن المؤلف قد ذهب إلى أن الرومان قد عرفوا نظرية السبب في عصورهم المختلفة (المرجع السابق ، ٥٣١ ، ص ٣٨٧) وفيه نظر ذلك لأن القانون الروماني « لم يعرف في أوائل عهده السبب باعتباره ركنا في إرادة الإلتزام ، وذلك لأن العقود كانت في الأصل شكلية ، ولم يكن للارادة أي دخل في تكوينها ، فلم يكن ثمة محل الظهور فكرة السبب (أنظر نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ف ١٥٨ ، ص ١٩٩) » .

(٢) المدخل الفقهي العام ، ف ١٤٨ ، هامش رقم ٢ ص ٢١٥ — ٢١٦ .

(٣) جاء في المدخل الفقهي العام (المرجع السابق) : « نص فقهاء الحنفية على مسائل يتجلى فيها اعتبارهم تأثيراً هاماً لمشروعية الباعث وعدمها في مواطن من احكام العقود .

فمن ذلك ما صرحوا به في الإجارة أن الانسان لو استأجر عاملا لهدم بنائه ، ثم بداله العدول عن الهدم ، فإن له فسخ الإجارة بهذا العذر . أما إذا أراد فسخ الاستئجار لأنه وجد عاملا أرخص أجراً ، أو أراد أن يهدم البناء بنفسه فلا يعتبر فسخه .

وكذا نصوا في المزارعة — وهي نوع شركة زراعية تكون فيها الأرض منجانب والعمل من آخر — أن من عليه البذر يحق له فسخ المزارعة قبل القاء البذر في الأرض لأن فيها اتلاف ماله ، وهوالبذر ، فله الرجوع عنها ... لكن إذا أراد فسخ المزارعة لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل أو أراد أن يعمل بنفسه ، فلا يحق له الفسخ .

فهذه الفروع الفقهية كما ترى من أوضح الصور على اعتبار الباعث وتأثير مشروعيته وعدمها في أحكام العقود بنظر فقهائنا . »

وهذه الأمثلة كما هو ظاهر لا تتصل بنظرية الباعث الذي يعنى به الاجتهاد القضائي الفرنسي ، =

فهى فى رأينا لا تتصل البتة بنظرية الباعث ، وإن كانت ذات صلة بنظرية الظرف الطارىء . وهاتان النظريتان جد متغايرتان . ذلك لأن مسألة الباعث تثور عند تكون العقد ، أما مسألة الظرف الطارىء فهى لا تثور إلا عند تنفيذه . ويترتب على هذا الفارق نتيجتان مهمتان :

(١) من حيث الجزاء : إن جزاء الظرف الطارىء ، أو العذر كما يسميه الأحناف ، هو الفسخ أو الانفساخ ، بينما جـــزاء الباعث غير المشروع هو بطلان العقد .

(٢) من حيث الأساس : إن أساس فسخ العقد للعذر هو إبعاد العاقد عن تحمل ضرر لم يلتزمه بالعقد[1] بينما أساس بطلان العقد لعدم مشروعية الباعث هو مخالفة العقد للنظام العام الإسلامى .

خامساً : نظرية الالتزام العامة شرح القانون المدنى السورى تأليف الأستاذ مصطفى الزرقا (١٩٥٦) . تعرض المؤلف إلى بحث نظرية السبب فى الفقه الإسلامى فى معرض بحثه عن نظرية السبب فى الفقه الغربى ، وقد أعرب المؤلف عن عدائه الشديد لهذه النظرية الأخيرة فى عبارات قوية :

قال : « نشأت فـكرة السبب تبعاً لمبدأ الرضائية فى العقود كنتيجة لهذا المبدأ ، لتـكون السببية قيداً للرضائية ... ولـكن نظرية السبب جاءت نتيجة مصطنعة متـكلفة فهى نتيجة غير طبيعية ولا محكمة الصنع والوضع . . . (ص ٢٢٦) » .

وقال : « لقد ظهرت مساوىء نظرية السبب وضيقها وعقمها فى التطبيق ، وبدأ يتـكون فى الفـكر القانونى حولها إحساس عميق ، بأنها نظرية خيالية ، استعمرت

وإنما تتصل بنظرية الظرف الطارىء ، أو نظرية التعسف فى استعمال الحق . إن رب العمل الذى يفسخ عقد العمل لأنه وجد عاملا أرخص يعتبر متعسفاً فى استعمال حقه ، وإن من عليه البذر الذى يفسخ المزارعة لأنه وجد مزارعاً يرضى بنصيب أقل يعتبر متعسفاً فى استعمال حقه فى الفسخ فيحال بينه وبين ممارسة هذا الحق تبعاً لذلك . أما إذا فسخ العقد لمجرد العدول فلا يعتبر متعسفاً لأن الشأن فى عقدى الإجارة والمزارعة عدم اللزوم فى مثل هذه الظروف .

(١) البدائع ، ج ٤ ، ص ١٩٧ وراجع مصادر الحق ، ج ٦ ، ص ١٠١ .

الفكر القانونى قرونا بطريق التقليد بقوة الاستمرار ، وأنها نظرية أقرب إلى الأوضاع الشكلية الجوفاء منها إلى الحقائق الجوهرية (٢٤٥) . »

ويقول فى معرض تعليقه على تعديل كابيتان لنظرية السبب : « وهكذا يحاول السببيون أن يقيموا لنظرية السبب التقليدية دعائم من أوهام ويجعلوا منها بطريق الخيال جملة عصبية للالتزام » وهم يرقعونها على الدوام ، ولكن فساد الأساس يأبى عليها التماسك (٢٤٩) . »

ويقول أيضا فى معرض تقريظه لنظرية القضاء وقدحه بنظرية السبب التقليدية « وهكذا شقت نظرية القضاء طريقاً للخروج بالسبب من نطاق الفكرة السقيمة العقيمة ، والتى تقوم عليها النظرية التقليدية ، وتجعل من السبب نظاما آليا جامداً فى العقود ، فنقلته النظرية القضائية إلى فكرة جوهرية منتجة (ص ٢٥٤) » .

ويقول أيضاً فى معرض رده على السببيين الذين يرون أن لنظرية السبب فائدة عند التكوين : « والواقع أن نظرية السبب التقليدية إن دلت على شيء فإنما تدل على ضيق فى زاوية النظر القانونى لدى مبتدعيها ومتبعيهم ، الذين لم يستطيعوا أن يروا الطريق الطبيعية القربى للوصول إلى النتائج المقصودة فى العقد ، فسلكوا طريقا بعيداً وعرة مضللة ، وأضاعوا جهودهم عبثاً فى تعبيدها (ص ٢٥٨) » .

ثم ينتقل إلى الرد على حجج السببيين الذين يرون أن لنظرية السبب فائدة عند التنفيذ فيقول : « على أن السببيين يزعمون لنظريتهم ثمرة قانونيه أخرى . . . فيقولون إن قاعدة الفسخ والدفع بعدم التنفيذ فى العقد الملزم للجانبين متفرعة عن نظرية السبب . لكننا قد أسلفنا أن قاعدة الفسخ هذه يمكن تقريرها دون حاجة إلى نظرية السبب ، وهى أيضاً غير متفرعة عن نظرية السبب ، لأن قاعدة الفسخ أقدم منها ، فهى موجودة فى القانون الرومانى ، وفى بعض اجتهادات الفقه الإسلامى وكلاهما لم تعرف نظرية السبب الطارئة على القانون ، والتى استعمرت الفكر القانونى فى أوربا بالغفلة والوهم قرونا عديدة (ص ٢٦٤) . »

ويشير المؤلف فى هامش ص ٢٤٩ إلى نفس المعنى السابق فيقول : « يلحظ هنا أن قاعدة الفسخ عند الامتناع عن التنفيذ مقررة فى الفقه القانونى والتقنينات قبل

أن يلجأ الأستاذ كابيتان أخيراً إلى تحويل معنى السبب فى العقود الملزمة لجانبين من الالتزام المقابل إلى تنفيذه ، فكيف تكون قاعده الفسخ مبنية على نظرية السبب وهى أقدم من هذه النظرية ؟ » .

ونرى أن هذا التجريح الذى توسع فيه المؤلف فى مهاجمة النظرية التقليدية لم يصبها بسوء فى إسنادها فائدة للسبب فهى فى رأينا ما تزال منتجة مثمرة وسيتبين لنا ذلك من تفنيد أدلة المؤلف فى نفيه لهـذه الثمرة ووصمه نظرية السبب بالسقم والعقم .

أولا : لقد نفى المؤلف دعوى السببين بأن نظرية الفسخ لا يمكن تقريرها إلا بالإستناد إلى نظرية السبب بدليلين .

الدليل الأول : أن فكرة الارتباط يمكن أن تحل محل السبب فى هذا التقرير .

الدليل الثانى : أن قاعدة الفسخ هى أسبق من نظرية السبب بدليل أن قاعدة الفسخ « موجودة فى القانون الرومانى وفى بعض اجتهادات الفقه الاسلامى ، وكلاهما لم تعرف فيه نظرية السبب » . والنتيجة اللازمة لذلك أن نظرية السبب ليست أساساً لقاعدة الفسخ ما دامت الأولى لاحقة والثانية سابقة .

وفى الرد على الدليل الأول نقول إن فكرة الارتباط لا تسويغ لها إلا بردها لفكرة السبب . فالسبب ولا شىء غيره هو الذى يوجد الترابط بين الالتزامين المتقابلين فى العقود الملزمة لجانبين « فكأن من يقول بالارتباط يأخذ بفكرة السبب دون أن يشعر[1] » .

أما الدليل الثانى : فيمكن الإجابة عنه من نواح أربع :

(١) إن ماذهب إليه المؤلف من أن القانون الرومانى قد عرف قاعدة الفسخ هو محل نظر . ذلك لأن قاعدة الفسخ « ليست بالنظرية التى تبده العقل القانونى فيعلم بها بادىء ذى بدء ، بل هو ثمرة تطور طويل . فقد كان القانون الرومانى يأبى التسليم بها . وكان

---

(١) راجع نظرية الالتزام للدكتور حشمة أبى ستيت ، ف ٢٣٧ ، ص ٢٣٢ .

العقد اللزم للجانبين فى هذا القانون ينشىء التزامات مستقلة بعضها عن بعض ، ولا تقابل بينها . فإذا لم يقم أحد المتعاقدين بتنفيذ التزامه لم يكن أمام المتعاقد الآخر إلا أن يطالب بالتنفيذ[1] » .

(٢) إن ما ذهب إليه المؤلف من أن قاعدة الفسخ معروفة فى الفقه الإسلامى هو محل نظر . فلقد قرر الدكتور حسن على ذنون ، فى رسالته النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى ، عدم وجود هذه النظرية ، قال : « إننا نستطيع القول مقدماً ، أن الشريعة — كالقانون المدنى الألمانى الصادر عام ١٩٠٠ — لا يعترف بالامتناع عن التنفيذ سبباً من أسباب الفسخ وسنوفى هـذا الموضوع حقه من البحث عند الـكلام على أسباب الفسخ[٢]. »

ويؤكد المؤلف قوله هذا فى مكان آخر من رسالته فيقول : « فالامتناع عن التنفيذ ، أو التأخير فيه ليس سبباً عند علماء الشريعة لجواز فسخ العقد إلا إذا نص عليه صراحة كشرط من شروط التعاقد كما فعلوا فى خيار النقد . فالشريعة فى هذا تتفق مع القانون الألمانى القديم ومع القانون النمساوى ١٨١١[٣] » .

وقال أيضاً : « ونحن وإن كنا لا نوافق علماء الشريعة فى حرمان الدائن من حق طلب فسخ العقد .. إلا أننا نعترف بأن ما وضعوه من مقدمات يؤدى منطقياً إلى هذه النتيجة » [٤] .

ويؤكد أستاذنا الدكتور السنهورى ما سبق فى كتابى الوسيط ، ومصادر الحق جاء فى الوسـيط : « والفقه الإسلامى لا يعرف الفسخ نظرية عامة وإنما أعطى للبائع خيار النقد كشرط لفسخ البيع إذا لم يستوف الثمن[٥] » . وجاء فى مصادر الحق : « فالقاعدة إذن أن العقد لا يفسخ إذا أخل الدين بالتزامه . . . فالأصل أن العقد الملزم للجانبين — أو عقد المعاوضة — لا يفسخ لإخلال أحد العاقدين بتنفيذ التزامه ،

---

(١) راجع الوسيط للدكتور عبد الرزاق السنهورى ، ج ١ ، ص ٦٩٤ راجع ما سبق ف ٥١٥ ، هامش ص ٤٨٩ .

(٢) النظرية العامة للفسخ فى الفقة الإسلامى للدكتور حسن على ذنون ، ص ٣٢ .

(٣) و (٤) المرجع السابق ، ص ١١١ .

(٥) الوسيط ، ج ١ ، ص ٦٩٤ .

بل يبقى العقد قائماً فى هذه الحالة ، وليس للدائن إلا أن يطالب مدينه بالتنفيذ أو بالضمان على حسب الأحوال ... وهذا قريب مما كان عليه القانون الرومانى » . وجاء أيضاً : « وهكذا لا توجد قاعدة عامة فى الفقه الإسلامى — كما وجدت فى الفقه الغربى — تقضى بأنه إذا لم يقم أحد المتعاقدين فى العقد الملزم للجانبين بتنفيذ التزامه ، جاز للمتعاقد الآخر أن يفسخ العقد فيتحلل هو أيضاً مما فى ذمته من التزام[1] » [2] .

ولعله مما يؤيد وجهة نظرنا فى علاقة نظرية السبب بقاعدة الفسخ أن القانون الألمانى لم يأخذ بالاثنتين معاً شأنه فى ذلك شأن الفقه الإسلامى .

(٣) إن ما ذهب إليه المؤلف من أن القانون الرومانى لم يعرف نظرية السبب هو محل بحث[3] . فالواقع أن لنظرية السبب جذوراً فى القانون الرومانى ، فقد جاء فى كتاب الوسيط لأستاذنا الدكتور عبد الرزاق السنهورى فى بحثه عن موقف القانون الرومانى من نظرية السبب ما يلى : « إن القانون الرومانى اعترف فى بعض العقود بفكرة السبب إلى مدى محدود . وهذه العقود هى التى ظهرت فيها الإرادة كعامل من عوامل تكوينها . وحيث تظهر الإرادة يظهر السبب . ولكن الرومان تمثلوا فكرة السبب فكرة موضوعية لا ذاتية ونظروا إلى السبب موجوداً فى العقد لا خارجاً عنه وهو واحد لا يتغير فى النوع الواحد من العقود مهما اختلفت البواعث والدوافع . . . وسنرى فيما يلى أن هذا التصوير الرومانى هو الذى رجع إليه (دوما) فى صياغته لنظرية السبب[4] . »

---

(١) مصادر الحق ، جـ٦ ، ص ٤٢٨ .

(٢) على أنه ليس مما يضير الفقه الإسلامى أن لا يكون فيه نظرية عامة للفسخ ، بل قد يكون فى فقدان هذه النظرية ماينسجم مع صناعته الخاصة به ، ولعلنا نجد فى تخلف هذه النظرية كما يذهب إليه الدكتور جلال عبده ، الدليل الواضح على قوة العقد الملزمة فى الفقه الإسلامى (راجع ماسبق ، ف٦١٨ ص ٥٩٩) .

(٣) ويؤكد المؤلف عدم وجود أصل لنظرية السبب فى القانون الرومانى فى مكان آخر ، إذ يقول : « ونظرية السبب بمعناها الاصطلاحى المقصود فى الفقه القانونى طارئة على نظرية الالتزام ، وليس لها أصل فى القانون الرومانى . وإن كان السبب ذكر فى القانون الرومانى فى عهد متأخر فبمعنى السبب المنشىء (نظرية الإلتزام العامة ص ٢٢٦) » .

(٤) الوسيط ، جـ١ ، ف ٢٥٣ ، ص ٢٢٤ .

(٤) ليس يفيد تعديل (كابيتان) لنظرية السبب أن نظرية الفسخ قبل هذا التعديل لم تكن تستند إلى نظرية السبب . وأنه لما يدعو إلى المزيد من الاستغراب أن يستنتج المؤلف من هذا التعديل، أن قاعدة الفسخ هي أقدم من نظرية السبب ؟!.

وأخيراً لئن حاول المؤلف، دون جدوى، أن ينفي إستناد نظرية الفسخ إلى نظرية السبب، فهو لم يتابع نفي استناد نظريتي الدفع بعدم التنفيذ وتحمل التبعة إلى نظرية السبب، ذلك الاستناد الذي اعتبره السببيون بحق ثمرة لهذه النظرية . وإن التوقف عن الاستمرار في نفي هذه الثمار لدليل على وجودها وصدق دعوى القائلين بها . وأن شجرة السبب التي وصفها المؤلف بأنها سقيم عقيم، لا تخلو من ثمار خصبة يانعة وأنها ليست من النظريات التي « ثبت فسادها ولفظها أوطانها ولفت في أكفانها » كما ذهب إليه المؤلف[1] .

ثانياً : لسنا نقر المؤلف على ما ذهب إليه من أن نظرية السبب : « جاءت نتيجة مصطنعة متكلفة لنظرية الرضائية وأنها نتيجة غير طبيعية ولا محكمة الصنع والوضع[2] ».

والواقع أن فكرة السبب هي متلازمة مع الرضا : « فالسبب والإرادة هما معنيان متلازمان[3] » . وهذه حقيقة يقررها الدكتور السنهوري نفسه رغم كونه من خصوم السبب فهو يقول : « كلما زاد حظ الإرادة في تكوين العقد، وضعف حظ الشكل زادت أهمية السبب[4] » ويقررها الدكتور عبد الحي حجازي فيقول : « والسبب بهذا الوصف يعتبر ضرورة منطقية ذلك أنه لا يجوز عقلا أن يلتزم شخص بغير سبب ولم تظهر نظرية السبب إلا حين ظهر مبدأ الرضائية الذي يعتبر الالتزام وليد الإرادة . ذلك لأنه لم يشترط أن يكون للالتزام سبب إلا لأن الالتزام وليد الإرادة، وإن الإرادة لا تقيد نفسها إلا لسبب تريد تحقيقه[5] » .

ثالثا : خلط المؤلف بين فريق الرومانيين وفريق الكنسيين في بحثه عن مذهب

---

(١) نظرية الالتزام للاستاذ مصطفى الزرقا، ص ٢٦٩ .
(٢) المرجع السابق، ص ٢٦٤ .
(٣) الوسيط، ج١، ف ٢٤٣، ص ٤١٥ .
(٤) المرجع السابق .
(٥) النظرية العامة للالتزام، ج ١، ص ١٣٠ .

الفريق الثانى إذ جاء فيه قوله : « ولإبطال مثل هـذه العقود والالتزامات الإرادية المتولدة عنها فـكر علماء القانون الرومانى الدينيون من رجال الـكنيسة ... بوجوب إلقاء قيد على الإرادة التعاقدية[1] . والواقع أن هذا الخلط محل نظر ، جاء فى كتاب مصادر الحق للدكتور السنهورى : « تداول فـكرة السبب فى هذا العهد فريقان من الفقهاء ، فريق الرومانيين ، وفريق الـكنسيين ، أما الفريق الأول فقد اقتفوا أثر القانون الرومانى ، وأما فقهاء الـكنيسة فقد كانوا يقدمون على اعتبارات الصياغة الفنية الرومانية ، الاعتبارات الدينية الأدبية[2] » .

رابعاً : ليس صحيحاً ما ذهب إليه المؤلف من أن ظهور قاعدة الإرادة الظاهرة كان عاملا فى صياغة (دوما) لنظرية السبب ، إذ يقول : « ويتضح أن نظرية السبب فى مرحلتها الأولى هذه التى أخذ فيها السبب بمعنى الباعث قد كانت ترمى إلى إدخال عنصر أخلاقى فى النظام القانونى وهى تتناسب مع النظر إلى الإرادة الباطنة ... بعد تلك المرحلة ... بدأ يتـكون حول نظرية السبب فى الفقه القانونى نظر آخر يرمى إلى بناء فـكرة السبب على أساس موضوعى لا شخصى . وساعد على ذلك عودة قاعدة الإرادة الظاهرة إلى الاعتبار والظهور فى ميدان العقد ، حرصاً على استقرار التعامل إلى جانب قاعدة الإرادة الباطنة التى تتبناها القوانين ذات الأصل اللاتينى ... ولهذه الاعتبارات التى تـكونت فى الفقه القانونى حول نظرية السبب بمفهومه الأول . . . قام الأستاذ القانونى (دوما) فى القرن السابع عشر بصياغة نظرية السبب صياغة جديدة[3] . »

وترد هنا ملاحظتان :

الأولى : ليس ثمة علاقة ، بين الأخذ بالإرادة الباطنة واعتبار الباعث ، ذلك لأن المعنى الأول ذو طابع فنى فى العقد ؛ أما المعنى الثانى فهو ذو طابع مصلحى ، وقد يمتد تشريع ما بأحد الطابعين دون الآخر فليس ثمة من تلازم بينهما .

الثانية : إن القول بأن قاعدة الإرادة الظاهرة ساعدت على بناء نظرية السبب على أساس موضوعى غير صحيح وذلك للأسباب التالية :

---

(١) الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، ص ٢٣٠ .

(٢) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٩ .

(٣) نظرية الالتزام العامه للأستاذ مصطفى الزرقا ، ف ١٩١ ــ ١٩٢ ، ص ٢٣٣ــ٢٣٥ .

١ — لأن قاعدة الإرادة الظاهرة ظهرت فى النصف الثانى من القرن التاسع عشر [1] أى بعد عصر (دوما) — الذى تم على يده صياغة نظرية السبب على أساس موضوعى والذى عاش فى القرن السابع عشر — بقرن ونصف .

٢ — لو كانت قاعدة الإرادة الظاهرة تساعد على ظهور نظرية السبب لظهرت هذه النظرية فى الفقه الإسلامى الذى يأخذ بالإرادة الظاهرة ، هذا ولما كان المؤلف ينفى وجود نظرية للسبب فى الفقه الإسلامى ، يترتب على ذلك أن ينفى التلازم بين الأخذ بالإرادة الظاهرة والقول بنظرية السبب .

٣ — على أننا نرى أن العكس هو الصحيح ، أى أن الأخذ بالإرادة الظاهرة يتلازم لامع الأخذ بنظرية السبب بل مع طرح هذه النظرية بدليل أن « الأخذ بالإرادة الظاهرة يجعل من اليسير أن تباعد ما بينها وبين الإرادة الباطنة ، فتتجرد الإرادة الظاهرة من عيوب الإرادة الباطنة كما تتجرد من السبب الذى حرك هذه الإرادة ، ولا يبقى فى مجال التعامل إلا هذه الإرادة الظاهرة المجردة ، وهذا ما يسمى بالتصرف المجرد .[2] »

(ملاحظاتنا على رأى المؤلف فى السبب فى القانون المدنى السورى)

يرى المؤلف أن المقصود بالسبب فى القانون المدنى السورى (وأصله المصرى) هو الباعث الدافع ، وأنه لا يشترط فيه سوى شريطة واحدة هى المشروعية . ونحن نؤكد هنا ما سبق أن أشرنا إليه من أن نصوص القانون المدنى السورى فى مادتيه ١٣٧ و ١٣٨ (١٣٦ و ١٣٧ مصرى) لا يمكن أن تستجيب إلا للنظرية التقليدية الأمر الذى لا ينفيه المؤلف بل يؤكده فى تصريحه بأن هاتين المادتين إنما « تمدان بأيديهما إلى النظرية التقليدية[3] » بيد أنه رغم تصريحه هذا وأخذه باعتراف صاحب الوسيط « بان صياغة هذا النص القانونى فى بحث السبب معيبة ، وأنها أقرب إلى النظرية التقليدية .[4] » ومع تسليمه « بأنه عند تعارض نص القانون مع المذكرة

(١) الوسيط ج ١ ، ف ٧٩ ، ص ١٨٠ .
(٢) المرجع السابق ، ف ٣٨٥ ، ص ٤٨٥ .
(٣) الزرقاء ، نظرية الالتزام العامة ، ف ٢١٥ ، ٢٦٦ .
(٤) المرجع السابق ، ف ٢١٧ ، ص ٢٦٨ .

الإيضاحية تكون العبرة لنص القانون .[1] » فهو يحاول أن ينزل نص القانون على مافى المذكرة الإيضاحية ، واعتبار السبب فى القانون المدنى السورى هو الباعث الدافع ، هذا مع اعترافه أيضاً بأن تنزيله هذا هو فى « غاية التكلف والخروج على ظاهر النص[2] » .

وإليك ما قاله يشرح فيه طريقة تأويله : « ذلك لأن المذكرة الإيضاحية تكشف عن مراد الشارع وغرضه : فعند إمكان التوفيق بين نصه ومراده يكون هذا التوفيق أولى . ولاسيما إذا كان هذا المراد الذى صرحت به المذكرة الإيضاحية هو الذى تقتضيه المصلحة ، وإليه يتجه التشريع الحديث الذى يجب أن يتقدم إلى الأمام فى البناء على الأسس المنطقية السديدة ، لا أن يرجع إلى الوراء فيحيى نظريات ثبت فسادها ، ولفظتها أوطانها ، وافت فى أكفانها .

وكل مافى الأمر — إن أمكن حمل النص هنا على مايوافق مذكرته الإيضاحية — هو أن يعتبر فى هذا النص سوء تعبير . وهذا خير وأهون من التمسك بظاهر النص الذى يؤدينا إلى التشبث بنظرية صرح الشارع نفسه بأنه نبذها ولم يأخذ بها لفسادها وعدم فائدتها . فسوء التعبير عندنا هو أهون الشرين . وطريقة التأويل فيما نرى هى أن نفسر (السبب) فى كل جملة جاء فيها لفظه من المادتين المذكورتين بمعنى : الباعث ، وعندئذ يكون قول القانون فى المادة الأولى منهما « إذا لم يكن للالتزام سبب . . . كان العقد باطلا . » معناه إذا لم يكن للالتزام العقدى باعث .

والذى يرد على هذا التأويل أن الباعث لايتصور انتفاؤه مع أن النص يتكلم عن حالة انتفائه ورتب عليها جزاء البطلان فيفيد إمكان هذا الانتفاء .

والجواب أنه لامانع من أن تبقى هذه الجملة فى القانون نظرية محضة غير قابلة الوقوع ، فتكون نصاً صحيح المعنى لكنه مستغنى عنه لعدم إمكان تحقيق مضمونه وهذا سوء صياغة (!) وسقم عبارة (!) لكنه أهون من حمل النص على النظرية التقليدية . . كل هذا مع تسليمنا بأنه تأويل فى غاية التكلف ، ولكن

---

(١) المرجع السابق ، ف ٢١٨ ، ص ٢٦٩ .
(٢) المرجع السابق ، ٢١٩ ، ص ٢٧١ .

يشفع له أنه يجعلنا نمشى مع مراد الشارع وصراحة مذكرته الإيضاحية ، وفيه يتحقق الاتجاه التقدمى الإصلاحى فى هذه الناحية من القانون[1] »

ونحن لانقر هذه الطريقة فى التأويل وننفى السقم الذى وصم به المؤلف عبارة القانون ، كما نفينا السقم الذى حاول وصم النظرية التقليدية به كما أننا لانقر إعماله لنصوص المذكرة الإيضاحية وإهماله لوضوح القانون ، للأسباب التالية :

إن الفيصل فى تقدير هذه الطريقة فى التفسير يعود فى الواقع إلى النهج الذى اتخذه القانون السورى فى تفسير نصوصه . فما هو هذا النهج ؟ يجيب عن ذلك الدكتور عدنان القوتلى فى كتابه « المدخل إلى الحقوق المدنية » فيقول : « كيف نفسر قوانيننا المعيبة ، وهل نتبع المذهب التقليدى وطريقته . . . أم المذهب التاريخى أم العلمى ، أم طريقة جامعة بين هذه المذاهب كلها ؟

نستطيع أن نستخلص بطريق القياس من بعض النصوص فى القانون المدنى ولاسيما من الأعمال التحضيرية ، والمذكرة الإيضاحية لهذا القانون شيئاً من الاتجاهات التى اتجه إليها القانون المدنى الجديد من هذه المذاهب المختلفة ولعله اختط لنفسه طريقاً وسط خاصاً أقرب إلى المدرسة العلمية منه إلى المذاهب الأخرى محافظاً على إرادة الشارع حين تكون واضحة . ومفضلا الرجوع إلى مصادر النص والأعمال التى سبقته حين لاتكون هذه الإرادة واضحة .

أما من حيث النصوص ، فقد جاء فى المادة ١٥١ من القانون المدنى أنه : « إذا كانت عبارة العقد واضحة ، فلا يجوز الانحراف عنها من طريق تفسيرها للتعرف على إرادة المتعاقدين » وهذا النص الأكثر تفصيلا من القاعدة الكلية السابقة الذكر[2] ، كما يطبق على العقود وتفسيرها ، يطبق على نصوص القانون وتفسيرها ، وقد تضمن بصراحة وجوب العمل بالعبارة الواضحة وعدم جواز الخروج عليها ولو كان ذلك تحت ستار التعرف عن إرادة أصحابها[3] . »

(١) المرجع السابق ، ف ٢١٨ — ٢١٩ ص ٢٦٩ -- ٢٧١ .

(٢) يقصد بذلك قاعدة العبرة فى العقود المقاصد والمعانى لا للالفاظ والمعانى التى حلت محلها الفقرة الأولى من المادة الأولى من القانون المدنى للسورى والتى جاء فيها « تسرى النصوص التشريعية على جميع المسائل التى تتناولها هذه النصوص فى لفظها أو فى فحواها . »

(٣) المدخل إلى الحقوق المدنية للدكتور عدنان القوتلى ، ص ١٦٥ .

فالحقيقة هى إذن كما يقول الدكتور القوتلى ، أنه عند وضوح العبارة لا مجال للخروج عنها ، ونحن لا نرى فى عبارة القانون ما يمسها بالغموض ، فهى جلية ناصعة ، لا ينفى وضوحها ما ذهب إليه المؤلف من أنها سقيمة فى عبارتها ، سيئة فى صياغتها ، مادام المؤلف نفسه يعترف بعد قليل بأن تأويله هو فى « غاية التكلف » . إذ لو كانت العبارة سقيمة لكان تأويله أدنى إلى غاية السداد لا إلى غاية التكلف !

أضف إلى ذلك أن الذهاب إلى أن هذا التفسير يتمشى مع مراد الشارع وصراحة مذكرته الإيضاحية وتحقيق الاتجاه التقدمى الإصلاحى ، كل ذلك ليس بمسوغ له تأويله فما كانت قواعد التفسير بمستسيغة البتة ترجيح المذكرة الإيضاحية على النصوص وما كان الاتجاه التقدمى فى يوم من الأيام بناسخ للنصوص أو بمرهق لها ! وقصة نظرية الظروف الطارئة فى القضاء المصرى والتقنين المصرى القديم على هذا خير دليل[1] .

(ملاحظاتنا على بحث المؤلف عن السبب فى الفقه الإسلامى)

بحث المؤلف عن السبب فى الفقه الاسلامى فى معرض حديثه عن السبب فى الفقه الغربى ، وتناول الأمرين التاليين :

الأول : تحدث عن عدم فائدة النظرية التقليدية فى السبب بالمعنى الفنى عند التكوين ، وعن معوضات الفقه الاسلامى لفكرة السبب بالمعنى الفنى .

---

(١) راجع نظرية الإلتزام فى القانون المدنى الجديد للدكتور أحمد حشمة أبى ستيت ، ف ٢٣٤ — ٢٣٩ ، ص ٢٢٨ — ٢٣٧ : حيث يقول : « النتيجة التى ننتهى إليها هى أن نظرية السبب . . . باقية كما هى فى ظل القانون الجديد بل إن تلك النتيجة — فضلا عن مقتضيات الصياغة — هى أكثر ما تكون اتساقاً مع نصوصه . وإذا كان أستاذنا (السنهورى) قد استشعر عدم انصياع تلك النصوص لمسلكه من أخذ السبب بمعنى الباعث الدافع إلى حد أنه سجل على المادة١٣٦ مأخذين ، فقد كان الأولى ألا يخالف نصا خطته يراعته وألا يضرب بمعوله فى نظرية غدت مستقرة ثابتة ، وخاصة إذا كانت فكرة السبب التقليدية تمثل ضرورة تقتضيها الصياغة الفنية إذ لابد من أن تربط الإراده إلى غرض مباشر يكون جزءا لا يتجزأ من التصرف الإرادى .

وإذا كانت النصوص الصريحة لم تمنع الأستاذ السنهورى من أن ينحرف عن مؤداها الواضح فما أيسر علينا إن نحن أغفلنا إغفالا تاما دلالة الأعمال التحضيرية — وهى ليست جزءا من القانون متى كانت تنطوى على رأى غير سليم. »

الثانى : أشار إلى اجتهادات الفقه الإسلامى فى الاعتداد بالسبب المصلحى وقد اقتصر فى كلامه عن الباعث بما يلى : « والفقه الاسلامى تختلف اجتهادات فقهائه فى مدى اعتبار مشروعية الباعث واشتراط مشروعيته لانعقاد العقد . فكثير من الاجتهادات الاسلامية يبطل العقد إذا كان الباعث الدافع للعاقد إلى التعاقد غير مشروع ، كما فى النظرية القضائية الحديثة فى القانون الأوروبى تماما . ومنهم من لا يقيم كبير وزن واعتبار لمشروعية الباعث الشخصى بعد أن يكون محل العقد وموضوعه مشروعين ، إلا فى نطاق ضيق . والمذهب الحنفى من أقل المذاهب الاجتهادية اعتباراً لمشروعية الباعث[١] »

ويلاحظ أن المذهب الحنفى ليس هو أقل المذاهب الاجتهادية اعتداداً بالباعث ، بل إن المذهب الشافعى ليبزه فى هذا المضمار[٢] .

سادسا : مصادر الحق فى الفقه الإسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى الجزء الرابع ١٩٥٧ .

عنى أستاذنا الدكتور السنهورى فى هذا الجزء من مؤلفه القيم بإبراز دور السبب بالمعنى المصلحى فى الفقه الإسلامى إبرازا موفقاً ، ولعله أول مؤلف حديث بين أيدينا يحفل بعرض اهتمام الفقهاء بالباعث عرضا علمياً مقارناً ، بيد أن هذا الاحتفال الكبير بالسبب المصلحى قد قابله إغفال واضح للسبب الفنى فى الفقه الإسلامى ، أو ما يمكن أن يقوم مقامه . ولعل مرد هذا الإغفال ، الرأى الذى يقول به أستاذنا السنهورى فى نبذ فكرة السبب الفنى التقليدية على أية صورة كانت . ولقد ترتب على هذا البحث الوحيد الجانب إبداء الملاحظات الآتية :

(١) إن سكوت الدكتور السنهورى فى المتن عن السبب الفنى فى الفقه الاسلامى — الأمر الذى يفيد ضمناً عدم وجوده فى هذا الفقه — لا يتفق وإشارته فى الحاشية إلا أن ثمة نصوصاً فى الفقه الإسلامى تلمح فيها الفكرة التى تقوم عليها النظرية التقليدية فى السبب فى الفقه اللاتينى[٣] .

---

(١) نظرية الالتزام العامة للأستاذ مصطفى الزرقاء ، ف ٢١٤ ، ص ٢٦٤ — ٢٦٥ .

(٢) راجع ماسبق ، ف ٥٥٢ ، ص ٥٢٥ .

(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، حاشية ص ٥٥ سبق أن أشرنا إلى ضعف هذه النصوص التى استندها أستاذنا السنهورى من مؤلف الدكتور المحمصانى راجع ماسبق ص ٧٠٦ وما ب .

(٢) وهذا السكوت لا يتفق ثانية مع تعرض أستاذنا لفكرة العقد المجرد في الفقه الاسلامى[1] ذلك أن « الكلام فى تصرف مسبب وتصرف مجرد عن السبب يصبح لا معنى له إلا إذا أخذ السبب على معناه التقليدى[2] » .

ويلاحظ ثانياً أنه خلط بين السبب المصلحى والسبب الفنى من جهة ، وبين المحل والسبب المصلحى من جهة أخرى .

(١) ويلاحظ الأمر الأول فى بحث تمييز السبب عن المحل ، فقد جاء فيه قوله: « وأظهر تطبيق على حالة عدم مشروعية السبب هو التعاقد على أن يؤجر شخص على القيام بواجب ، فالقيام بواجب محل مشروع ، والأجرة فى ذاتها أمر مشروع ولكن الأجرة على أمر مشروع سببها غير مشروع ، إذ لا أجر على واجب . ونورد بعض النصوص فى هذا المعنى : جاء فى المدوى : « إن استأجرها وهى زوجته أو معتدته لترضع ولدها ، لم يجز ، لأن الإرضاع مستحق عليها ديانة[3] » .

ويلاحظ أن أستاذنا قد ضرب هذا المثال الأخير على حالة عدم مشروعية السبب المصلحى . ونحن نرى ، مع أستاذنا الدكتور سليمان مرقس أن هذا المثال هو خير مثال لحالة انعدام السبب بمعناه التقليدى[4] .

(٢) ويلاحظ الأمر الثانى فى بحث استخلاص السبب من طبيعة المحل ، فقد اعتبرت فيه العقود التى تتناول آلات الملاهى ، والخنزير ، والقردة ، باطلة لعدم مشروعية سببها المصلحى . ونحن نرى أن العقود تبطل فى مثل هذه الحالات لعدم مشروعية محلها المصلحى .

سابعا : « الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون المدنى » تأليف الدكتور عبد الله الجليلى ١٩٥٨ .

يرد على هذا المؤلف ماسبق أن أوردناه على مؤلف الدكتور المحمصانى ، ومؤلف

---

(١) المرجع السابق ، ص ٦٤ .
(٢) نظرية الالتزام للدكتور أحمد حشمة أبو ستيت ، ف ٢٣٨ ، ص ٢٢٤ .
(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٦٢ — ٦٣ .
(٤) راجع نظرية العقد للدكتور سليمان مرقس ، ص ٢٠٣ . راجع ما سبق ص ٤٨٧ . حيث أشرنا إلى أن العقد يبطل فى هذه الحالة لعدم فائدته .

الدكتور موسى ، ذلك لأن الدكتور الجليلي يسير في ركاب ذينك المؤلفين ويتتبع خطواتهما في تركيب نظرية للسبب – على غرار النظرية التقليدية – يقام هيكلها في فروع الفقه الإسلامي .

وسندلى فيما يلي بملحوظاتنا على بحث المؤلف عن السبب في الفقه الغربي ثم ننتقل إلى بحثه عن السبب الفقه الإسلامي.

١ – ملحوظاتنا على بحث السبب في الفقه الغربي

١ – استهل المؤلف كلامه عن سبب الالتزام ببيان فائدته بقوله : « إنه مما لاجدال فيه أن نظرية السبب أثبتت وجودها وفائدتها في كافة التصرفات القانونية ولولاها ما أمكن إبطال بعض التصرفات المخالفة للنظام العام أو للآداب . »[(١)]

والواقع كما رأينا أن فائدة سبب الإلتزام ليست هي في إبطال العقود لعدم المشروعية، إن هذه هي فائدة سبب العقد أو السبب المصلحي أو المحل أحيانا باعتباره عنصراً مصلحياً وفنياً بآن واحد وإنما تبدو فائدة سبب الالتزام باعتباره عنصر انعقاد وعنصر تنفيذ . فمن طريق الاعتبار الأول يتسنى إبطال تصرفات لايمكن إبطالها عن طريق المحل . وعن طريق الاعتبار الثاني يتسنى تسويغ ثلاثة أوضاع قانونية هامة هي : الفسخ ، والدفع بعدم التنفيذ ، وتحمل التبعة[(٢)].

٢ – يعرف السبب بأنه « الغرض المباشر القريب الذي يرمي العاقد الوصول اليه حين التعاقد . »[(٣)]

والأدق أن يقال في تعريف السبب التقليدي بأنه الغرض المباشر الذي يرمي العاقد الوصول اليه من وراء التزامه . ووجه الدقة في هذا التعريف الأخير أنه يكشف عن دور السبب الفني كعنصر تكوين ، وعنصر تنفيذ ، الأمر الذي لايستشف من التعريف الأول إذ أن في تقييده بالزمن الحالي بكلمة « حين » مايبعث على الظن بأن دور السبب مقصور على التكوين فقط .

---

(١) الجليلي ، الشرط المستحيل ، ص ٣٤٥ .

(٢) يلاحظ أن المؤلف يعترف في مكان آخر بأن السبب الفني لا يمكن أن يوصف بعدم المشروعية ، ر : ص ٣٥١ .

(٣) المرجع السابق ، ص ٣٤٥ .

٣ — رد على بحث المؤلف للنظرية الحديثة فى السبب اعتباره نظرية كابيتان مماثلة لنظرية القضاء إذا لم تكن هى ، إذ يقول : « اختلف الفقهاء فى تفسير نظرية القضاء وعلى ذلك فقد وجدت على مانعتقد نظريتان . نظرية الفقيه الفرنسى كابيتان ، التى تقوم على أساس الغاية المتوخاة ، أو الغرض المقصود من التعاقد ، وهى ترى كسابقتها أن السبب هو السبب القانونى الذى أوجده القانون . ونظرية بعض الفقهاء الآخرين الذين يرون أن القضاء يرى أن السبب هو السبب النفسى،وهو أمر خارجى ، متغير من حالة إلى أخرى ، ومن أنصارها فى مصر الفقيه الكبير الدكتور عبد الرزاق السنهورى . وسوف نرى أن النظرية القضائية هى فى الواقع نظرية كابيتان وهى على كل حال توافق النصوص القانونية الوضعية . كما توافق أحكام القضاء الفرنسى الثابت . ولئن وجدت بعض الأحكام الشاذة تخالف غالبية الأحكام فهذا أمر شاذ لا يعتمد عليه . (١) »

ويلاحظ أن المؤلف فى النص السابق يقرر أموراً ثلاثة : (١) فهو يذهب إلى أن ثمة تفسيرين لنظرية القضاء . تفسير يذهب إلى أنها تقول بالسبب النفسانى ، وتفسير يذهب إلى أنها تقول بالسبب القانونى ؛ أى بنظرية كابيتان ، وهو الأصح فى نظره (٢) إن نظرية كابيتان توافق النصوص الوضعية (٣) : إن نظرية كابيتان توافق أحكام القضاء الفرنسى . ونذلى فيما يلى بملحوظاتنا حول مسلمات المؤلف الثلاث :

أما عن الأمر الأول فنحن نرى أن ثمة ثلاث نظريات فى تفسير نظرية القضاء الفرنسى لا اثنتان كما ذهب إليه المؤلف .

١ — الأولى : ترى أن نظرية القضاء هى تطبيق لنظرية كابيتان وهى نظرية المؤلف .

٢ — والثانية : تذهب إلى أن القضاء فى نظريته الجديدة قد تخلى عن نظرية كابيتان ، وهذا هو رأى أستاذنا السنهورى .

٣ — والثالثة : غفل عن ذكرها المؤلف ، وهى التى يقول بها جمع كبير من الفقهاء

---

(١) المرجع السابق ، ص ٣٠٣ .

وتذهب إلى أن نظرية القضاء اعتصمت بالنظرية التقليدية بعد تلقيحها بنظرية الباعث الدافع (١)

ونحن فى دورنا ننضم إلى هذا الفريق الأخير ، ونرى أن ثمة اختلافا بين نظرية القضاء ، ونظرية كابيتان من حيث مدى اعتدادهما بالباعث الدافع . فبينما يتوسع القضاء فى الاعتداد به ، يذهب كابيتان إلى تضييقه وحصره فى أحوال ثلاث هى :

(٣) حالة التبرع المقرون بشرط دافع إلى التبرع .

ب ــ حالة الوصية . ج ــ حالة اتفاق المتعاقدين على الباعث غير المشروع ، ذلك لأن هذا الاتفاق يفضى إلى دخول الباعث فى دائرة التعاقد وصيرورته جزءاً من العقد المتفق عليه . ويقول الدكتور السنهورى فى صدد هذه الحالة الأخيرة . لا شك فى أن الفقيه الفرنسى الكبير قد اقترب بهذا القول من النظرية الحديثة فى السبب ولكن دون أن يدخل فى نطاقها ، فإن أحداً من أنصار النظرية الحديثة لا يشترط

(١) يقول أستاذنا الدكتور سليمان مرقس فى هذا الصدد : « إن القضاء قد أدخل على نظرية السبب التقليدية تعديلا جوهريا وسع حدودها وسمح لها بأن تتناول بالبطلان عقوداً كثيرة لم تكن تلك النظرية بدون هذا التعديل تستطيع اعتبارها باطلة . وتتلخص نظرية القضاء ــ وهى التى يصح وصفها بأنها نظرية حديثة فى السبب ــ فى أنه لا يصح الوقوف عند السبب بمعناه التقليدى كلما ثبت أن وراءه باعثا غير مشروع كان الدافع إلى التعاقد ، وكان الطرف الآخر عالما به ، فحينئذ يرتفع هذا الباعث غير المشروع إلى مرتبة السبب ، ويترتب عليه بطلان العقد (نظرية العقد ، ف ١٦٣ ، ص ٢١٠) ويقول الدكتور حشمة أبو ستيت فى هذا المعنى أيضاً : « إن نظرية القضاء أوسع أفقا من النظرية التقليدية، إذ هى لا تقف كما فعلت هذه عند الغرض المباشر ... وإنما تذهب خطوة أبعد فتعنى بالباعث . حتى إذا وجدته باعثاً لا تقره قواعد النظام العام والآداب بطل العقد متى كان ذلك الباعث معلوما من الطرفين . وإذن فالنظرية الحديثة فى السبب لا تحل محل النظرية القديمة وإنما تكملها (نظرية الالتزام ، ف ٢٣٣ ، ص ٢٢٧) » « وراجع مصادر الالتزام للدكتور عبد المنعم فرج الصده ، ف ٢٣١ ، ص ٢٦٤ ، إذ يقول : « تبين لنا مما تقدم أن القضاء كان له فضل سد النقص الذى يعيب النظرية التقليدية إذ نظر إلى سبب الالتزام وسبب العقد معاً فى حكمه على التصرف ، وهذا هو الوضع الصحيح لنظرية السبب ... أخذ به القضاء فى ظل القانون القديم ، ويجب الأخذ به فى ظل القانون المدنى الجديد . ويقول الدكتور عبد الحى الحجازى فى هذا المعنى أيضاً : « إن القضاء اليوم ومعه التشريعات الحديثة يعتد بالباعث الذاتى عند ما يكون ذلك الباعث غير مشروع ... ومن ثم لم يعد على المحاكم أن تقف عند حد تحليل السبب الفنى . . بل أصبح لها أن تبحث فى كل عقد عن النوايا التى دفعت المتعاقدين إلى التعاقد (نظرية الالتزام العامة ، ف ١٦٤ ، ص ١٣٥) » .

وجوب الاتفاق على الباعث فيما بين المتعاقدين وإنما هم منقسمون بين مرتبة العلم ومرتبة المساهمة [1] »

الأمر الثاني : ذهب المؤلف إلى أن نظرية كابيتان توافق نصوص القوانين الوضعية وهو في رأينا محل نظر ، ذلك أن ثمة قوانين وضعية تنتظم مخالفة لهذه النظرية ، لا موافقة لها . كالقانون اللبناني الذي جمع في نصوصه بين نظرية السبب التقليدية ونظرية القضاء وذلك باعتداده بسبب الالتزام وسبب العقد [2] . والقانون المدني الإيطالي الجديد [3] والقانون الإيراني [4] والمشروع الفرنسي للقانون الخاص [5] التي اقتصرت على الباعث الدافع . فأين هذه القوانين من نظرية كابيتان التي حافظت في جوهرها على النظرية التقليدية وجعلت المعيار في تحديد السبب موضوعياً لا ذاتياً واعتبرته داخلا في العقد لا يتغير في أي نوع من العقود ؟

الأمر الثالث : ذهب المؤلف إلى أن نظرية كابيتان توافق أحكام القضاء الفرنسي - وهو يشير ضمناً بهذا إلى أن القضاء الفرنسي يشترط لإعمال الباعث أن يكون متفقاً

---

(١) الوسيط ، ج ١ ، ف ٢٨٣ ، ص ٤٥٨ .

(٢) وهذه هي نصوص القانون اللبناني م١٩٤ : تميز بين سبب الموجب وسبب العقد م ١٩٥ : « إن سبب الموجب يكون في الدافع الذي يحمل عليه مباشرة على وجه لا يتغير ، وهو يعد جزءا غير منفصل عن العقد ، كالموجب المقابل في العقود المتبادلة ، والقيام بالأداء في العقود العينية ، ونية التبرع في العقود المجانية أما في العقود ذات العوض غير المتبادلة فالسبب هو الموجب الموجود من قبل مدنيا كان أم طبيعيا » م ٢٠٠ : « إن سبب العقد يكون في الدافع الشخصي الذي حمل العاقد على إنشاء العقد ، وهو لا يعد جزءا غير منفصل عن العقد ، بل يختلف في كل نوع من العقود وإن تكن من فئة واحدة .

(٣) راجع المادة ٣٤٥ من القانون المدني الإيطالي الجديد التي تنص على : « أن الباعث غير المشروع يبطل العقد إذا ثبت أن المتعاقد إنما انساق إلى التعاقد مدفوعا بهذا الباعث وحده ، وكان باعثاً إشترك فيه كلا المتعاقدين » راجع مصادر الحق للدكتور السنهوري ، ج ٤ ، ص ٣١ . ونظرية الالتزام للدكتور حجازي ج ١ ، هامش ص ١٤٠ .

(٤) المادة ١٩٠ من القانون الإيراني « لكي يكون العقد صحيحاً يجب أن تتوافر فيه الشروط الجوهرية الآتية : ١ — إرادة الطرفين ورضاهما ٢ — أهليتهما ٣ — محل معين . ٤ — باعث مشروع » راجع العنصر النفسي في العقود وفق المفهوم الإيراني للدكتور جلال عبده ، ص ٢٢٢ .

(٥) م ٦٩ من المشروع الفرنسي للقانون الخاص (المقدم من الأستاذ مازو) : « يكون العقد باطلا إذا كانت البواعث الدافعة لإرادة المتعاقدين مخالفة للنظام العام أو الآداب العامة أو لنص آمر . ومع ذلك ففي عقود المعاوضة لا يقضى بالبطلان إلا إذا كان المتعاقدان يعلمان أو كان يجب أن يعلما بوجود هذه البواعث الدافعة . راجع نظرية الالتزام للدكتور حجازي ، المرجع السابق .

عليه بينهما . وهذا ماأوضحه فى اعتراضه على أستاذنا السنهورى بقوله : «يرى الأستاذ السنهورى أنه إذا كان الذى يعنينا فى انضباط معيار الباعث هو استقرار التعامل كان الاكتفاء بمرتبة العلم كاف سواء كان تبرعاً أو معاوضة ، ومعنى ذلك أن السبب الدافع إلى التعاقد هو فى التبرعات والمعاوضات معرفة كل طرف غاية الطرف الآخر من التعامل سواء كانت هذه الغاية متفقاً عليها أو غير متفق عليها من الطرفين . فهل هذا الحل الذى وصل إليه الدكتورالسنهورى صحيح من الوجهة القضائية ؟ سنرى أن ذلك غير صحيح[1]» ونحن نرى أن الأحكام القضائية التى جاء بها المؤلف للتدليل على عدم صحة كلام أستاذنا الدكتور السنهورى هى سند ضعيف لايمكن الاعتماد عليـه ، مادام المؤلف نفسه قد اعترف بأن بعض أحكام هذا القضاء لم تلتزم نظرية كابيتان . ولئن ذهب إلى أن الأحكام الشاذة لايعتمد عليها ، فنحن نرى على العكس من ذلك ومع الدكتور شيفاليه أنه ليس فى العالم القانونى تفصيلات يمكن إهمالها[2] .

وفيما عدا ذلك فإن القضاء الفرنسى ليس هو وحده ضابطاً فى هذا الموضوع بل يجب أن نضيف إليه أحكام القضاء فى البلاد التى يدور قانونها فى فلك القانون الإفرنسى كالقضاء المصرى مثلا . وقد أشار أستاذنا السنهورى إلى أن غالبية أحكام هذا القضاء قد اكتفت بالعلم ، ولم تتطلب مرحلة الاتفاق التى تطلبها كابيتان[3]

أضف إلى ذلك أن الفقه — إلى جانب اكتفائه بعلم الطرف الآخر بالباعث غير المشروع فى المعاوضات — يتجه فى تطوره إلى الاستغناء عن هذا العلم فى التبرعات ، يؤيد ذلك ما جاء فى المشروع الفرنسى للقانون الخاص المقدم من الأستاذ مازو الذى جعل المبدأ بطلان العقـد فى حالة عدم مشروعية باعثه ثم خصصه باشتراط علم العاقد الآخر فى حالة المعاوضات[4] .

---

(١) الشرط المستحيل ، ص ٣٦٠ والوسيط ، ص ٤٥٩ ويلاحظ أن المؤلف قد فسر خطأ رأى الأستاذ الدكتور السنهورى . فالسبب الدافع ليس هو كما يشير المؤلف « معرفة كل طرف غاية الطرف الأخر من التعامل » بل هو الباعث الدافع إلى التعاقد شريطه أن يكون معروفا من العاقد الآخر .

(٢) راجع التعبير عن الارادة للدكتور وليام قلادة ص ١٥ .

(٣) راجع هذه الأحكام فى الوسيط ف ٢٩١ ، ص ٤٧٤ — ٤٧٧ .

(٤) راجع ما سبق هامش ص ٧٣١ وراجع جوسران ج ٢ ، ف ١٤٧ مكرر .

ويؤيد ذلك من فقهاء الإقليم الجنوبى فى الجمهورية العربية المتحدة الدكتور عبد الحى حجازى حيث يقول[1]: «أما فى عقود التبرع فلا يلزم أن يكون الموهوب له عالماً بالباعث غير المشروع الذى دفع الواهب إلى التبرع فضلا عن أن يكون مشتركا فيه ذلك أن من تلقى شيئاً بدون مقابل يكون فى الرعاية دون من يتلقى الشىء بمقابل أو كما تقول القاعدة اللاتينية إن من يناجز لدرء مغرم أولى بالرعاية ممن يناجز لجلب مغنم[2] » .

٤ — يعتبر المؤلف السبب ركناً فى الالتزام والواقع أنه ركن فى إرادة الالتزام كما رأينا[3] .

٥ — يخلط المؤلف بين مؤيدات السبب كعنصر تكوين ومؤيداته كعنصر تنفيذ إذ يقول : « فالسبب إذن أمر داخلى فى العقد ، قدره القانون فى كل نوع من أنواع التصرفات القانونية لا تصح إلا به ، فإن خلا منها وقت العقد[4] أو أصبح العقد دون سبب حتى الانتهاء من التنفيذ بطل العقد كله[5] . »

والواقع أن ما ذهب إليه المؤلف هنا هو خطأ واضح ذلك لأن مؤيد تخلف السبب عند تنفيذ العقد هو الفسخ أو الدفع بعدم التنفيذ ، أو الانفساخ لا البطلان ، فالبطلان هو جزاء انعدام السبب عند التكوين فقط .

---

(١) النظرية العامة للالتزام للدكتور عبد الحى حجازى ، ج ١ ، ف ١٧٣ص ١٤٣ . ويبدو أن استاذنا الدكتور مرقس يشترط علم الطرف الآخر بالباعث فى المعاوضات دون التبرعات ، فقد جاء فى كتابه نظرية العقد ص ٢١١ : « وأما فيما يتعلق بمشروعية السبب ، فإن المشروع لايقف عند حد السبب التقليدى لأن الأخير لا يتصور فيه عدم المشروعية بل يذهب إلى الباعث الدافع ، فإن وجده غير مشروع جعل جزاء ذلك بطلان العقد بشرط أن يكون الباعث غير المشروع فى العقود الملزمة لجانبين معلوما للطرف الآخر . راجع أيضاً أنور سلطان ، ف ٢٠٨. قارن الدكتور السنهورى فى الوسيط ، ج ١ ، ص ٤٥٩ . والدكتور حشمة أبى ستيت ، س ٢٢٦ . والدكتور عبد المنعم فرج الصدة ، ص ٢٦٥ .

(٢) أو كما تقول القاعدة الفقهية الإسلامية « درء المفاسد أولى من جلب المنافع » .

(٣) راجع ما سبق ف ٤٩٣ ، ص ٤٧١ .

(٤) لعله يريد أن يقول فإن خلت منه .

(٥) الشرط المستحيل ، ص ٣٦٨ .

٢ ــ ملحوظاتنا على بحث المؤلف عن السبب فى القانون المدنى العراقى

أولا : يؤخذ على المؤلف أنه جعل الفقه الإسلامى أساساً لشرح المادة ١٣٢ من القانون المدنى العراقى المتعلقة بالسبب . ذلك لأن الفقه الإسلامى ، وإن كان واضح الأثر فى الكتاب الثانى المخصص للعقود المسماة فى القانون المدنى العراقى ، فهو يقل بعض الشىء فى الكتاب الأول من هذا القانون والمخصص للنظرية العامة للالتزام ، لعدم وجود نظير لهذه النظرية فى الفقه الاسلامى[1] . ولما كانت المادة ١٣٢ المشار إليها آنفاً هى من جملة المواد الواردة فى الكتاب الأول من هذا القانون ، والتى اقتبست بكاملها من القانون المدنى المصرى ذى الأصل اللاتينى . فإن الاستناد إلى الفقه الإسلامى فى شرحها هو فيما نرى مسلك منتقد[2] .

ثانياً : استهل المؤلف بحثه عن السبب فى القانون المدنى العراقى بأن أخذ عليه عدم تعريفه للسبب . والواقع أن هذا المأخذ لا محل له . لأن مهمة التعريف هى من عمل الفقيه لا من عمل الشارع .

ثالثاً : تكلم المؤلف عن السبب فى الفقه الإسلامى كلاماً مضطرباً ، وخلط فيه بين السبب المصلحى والسبب الفنى ، وقد اعتمد فى بحثه هذا على أبحاث السبب لدى السادة الأفاضل الدكتور صبحى المحمصانى ، والدكتور يوسف موسى . وقد رأينا أنه لا يمكن الاعتماد عليهما فى هذا الموضوع ، وحسبنا أن نشير إلى ملحوظاتنا التى أوردناها سابقاً فى هذا الصدد .

هذا ويلاحظ من جهة أخرى أنه أغفل إغفالا تاماً أبحاث السبب لدى السادة الأفاضل الدكتور صلاح الدين الناهى ، والدكتور حسن على ذنون ، والدكتور محمد زكى عبد البر فى رسائلهم التى سبق أن أشرنا إليها آنفاً .

رابعا : بحث المؤلف السبب فى رأى الدكتور شحاته باعتباره « السبب الفنى »

---

(١) محاضرات فى نظرية العقد فى القانون المدنى العراقى القاها الدكتور حسن على ذنون فى معهد الدراسات العربية العالية ، ١٩٥٦ ، ص ٤ . ويضيف الدكتور ذنون بأن أثر فقه الشريعة الغراء يقل إلى حد بعيد فى الكتابين الثالث والرابع المخصصين للحقوق العينية .

(٢) راجع ص ٧٠ ــ ٧٢ من المرجع السابق حيث استند المؤلف فى شرحه للمادة ١٣٢ من القانون المدنى العراقى إلى نفس الشروح الواردة على المادتين ١٣٦ و ١٣٧ من القانون المدنى المصرى .

ثم انتقل إلى رأى الدكتور السنهورى فى السبب باعتباره « السبب المصلحى » دون أن يظهر وجه الفرق بين الرأيين ، ثم هو يعلق على هذين الرأيين بكلام هو فى غاية الاضطراب يقول فيه : « ولكن لو سألنا أنفسنا ما هو السبب الذى يبحث عنه فى كلا الرأيين ، أى ما هو تعريفه الفقهى ؟ هل هو إرادة التعبير عن الإرادة ؟ أم هو شيء آخر ؟ فإن كان هو إرادة التعبير عن الإرادة فهذا يرجع إلى الإيجاب والقبول أى إرادة الارتباط وهذا لا يدل على السبب ، أما إذا كان المقصود بإرادة التعبير عن الإرادة لماذا ارتبط ، فهنا يظهر سبب الالتزام[1] » .

والواقع أنه لا صلة بين السبب وإرادة التعبير — لا بالمعنى الأول الذى أشار إليه المؤلف ولا بالمعنى الثانى — ذلك أن السبب هو كما رأينا ركن فى إرادة الالتزام أى ركن فى إرادة الأثر . وفرق كبير بين إرادة التعبير وإرادة الأثر[2]

خامساً : وتبدو نتائج خلط المؤلف بين السبب الفنى والسبب المصلحى فى معرض نقده للأستاذ الدكتور شفيق شحاته ولأستاذنا الكبير العلامة الدكتور عبد الرزاق السنهورى فهو يقول فى معرض نقد رأى الدكتور شحاته « وفكرة السبب فى الشريعة ليس تقابل الالتزامات وتساويها بل فكرة السبب . . . هو لماذا ارتبط أى الغاية المقصودة أو المتوخاة من التعاقد » .

ويقول فى معرض نقده لرأى أستاذنا الدكتور السنهورى : « وماذكره (السنهورى) من تأييد لرأيه من أقوال لفقهاء الشريعة فى المذهبين الحنفى والشافعى لبيان أن السبب هو التعبير عن الإرادة لا تعطى فكرة أكثر من كونها تدل على التفرقة بين السبب الصحيح والسبب المخالف للنظام العام أو للاداب ... وكل هذا لا يدل على بيان ما هو المقصود من السبب . . . لذا كان علينا أن نبين ما هو السبب[3] » ثم يذكر المؤلف تعريف المحمصانى للسبب على أنه الغرض المقصود .

والواقع أن ما ذكره المؤلف من تعريف للسبب فى الفقه الاسلامى هو غير سديد — لغرابة هذا التعريف عن الفقه الإسلامى كما أشرنا سابقاً — ونحن نشارك الدكتور

---

(١) الشرط المستحيل ، ص ٣٩٥ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ٢٨٣ ، ص ٢٨٢ .

(٣) الشرط المستحيل ، ص ٣٩٦ .

شحاته رأيه فى أن فكرة المعادلة تمثل السبب الفنى فى التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى ، ونشارك أستاذنا السنهورى رأيه فى أن السبب المصلحى هو جزء من التعبير عن الإرادة لدى الأحناف والشافعية .

سادساً : يقرر المؤلف أن الفقه الإسلامى يتضمن « نظرية للسبب واضحة المعالم[1] » وأن الكتب الفقهية تتضمن « فكرة واضحة عن السبب[2] » ، وهذا يخالف ما انتهينا إليه سابقاً .

ويرد على النصوص التى استند إليها المؤلف فى تقريره هذه النظرية ماسبق أن أوردناه على النصوص التى استند إليها الدكتور المحمصانى فى تقريرها[3] .

سابعاً ، يأتى المؤلف بتعليل لعدم وجود نظرية للسبب فى أحاديث الرسول فيقول :

« وأما أنه (الرسول) لم يذكر السبب أو الغاية المقصودة من العقود فلأن ذلك يثير كثيراً من المشاكل خاصة فى ذلك الزمان الذى كانت حياة البداوة غالبة على حياة الناس ، وإذا علمنا أن الرسول صلى الله عليه وسلم كان همه أن يقرب الحلال والحرام إلى الأذهان حتى يفهمهما كل شخص إن أمكن ذلك كان من الضرورى فى ذلك الوقت ألا يثقل على القوم فى بيان لايفهمه إلا الخاصة من الناس ، ولهذا السبب لم يذكر السبب أو الغاية المقصودة فى أحاديثه التشريعية[4] . . . »

ويلاحظ أن المؤلف يكاد يستقر فى ذهنه أنه من الواجب تعليل عدم ورود كل ما لم يرد من نظريات غربية فى أحاديث الرسول صلى الله عليه وسلم ، وهذا مسلك غير سديد .

ثامناً : خلط المؤلف بين الباعث والمحل فاعتبر العقود الباطلة لعدم مشروعية محلها — كالعقود المنصبة على الخمر والميتة ولحم الخنزير وآلات اللهو — باطلة لعدم مشروعية سببها ، فهو يقول « ويظهر لنا أن معرفة السبب غير المشروع من إرادة

(١) المرجع السابق ، ص ٣٩٧ .
(٢) المرجع السابق .
(٣) راجع ماسبق ، ص ٧٠٧ وما ب .
(٤) الشرط المستحيل ، ص ٤٠٠ — ٤٠١

المتعاقدين الصريحة كما فى الحالة الأولى واستخراجه من طبيعة المحل متفق عليه فى كافة المذاهب الإسلامية وليست خاصة ، بمذهب دون مذهب[1] . »

وواضح أن أبطال هذه العقود يتم لعدم مشروعية المحل باعتباره عنصراً مصلحياً لا لعدم مشروعية السبب .

تاسعاً : يتعرض المؤلف بالنقد لأستاذنا الكبير الدكتور السنهورى فى مجال لامكان فيه لهذا النقد . فهو يقول : «إن هذه الطريقة (استخلاص السبب من الإرادة الظاهرة) أخذت بها كافة المذاهب الإسلامية ، فلم تقتصر على مذهب واحد أو اثنين كما ذهب إلى ذلك الأستاذ عبد الرزاق السنهورى ، وسوف نذكر أقوالا لغير الحنفية والشافعية[2] . »

وهذا فهم خاطىء للمؤلف لكلام أستاذنا الدكتور السنهورى إن أستاذنا لم يذهب إلى أن استخلاص السبب من الإرادة الظاهرة مقصور على مذهب الشافعية والحنفية بل ذهب إلى أن هذين المذهبين يعتدان بمبدأ عام انفردا به فأستاذنا يقول : « فالمبدأ العام يتكون (لدى الأحناف والشافعية) إذن من شقين .

١ — يعتد بالسبب ، أى الباعث ، إذا تضمنته صيغة العقد أو التعبير عن الإرادة .

٢ — لا يعتد بالسبب ، أى الباعث ، إذا لم تتضمنه صيغة العقد[3] . »

وواضح أن هذا المبدأ بشقيه لم يقل به سوى الحنفية والشافعية كما ذهب إليه أستاذنا الدكتور السنهورى أما بقية المذاهب فقد اعتدت بالشق الأول من المبدأ ولم تعتد بالشق الثانى لأنها لم تشترط وجود الباعث فى صلب العقد كشريطة لإعماله .

يؤيد ذلك بصورة جلية ماذكره أستاذنا السنهورى فى مكان آخر حيث نجد فيه ما يدحض دعوى الجليلى بوضوح بقوله :

---

(١) الشرط المستحيل ، ص ٤١١ . ولعل المؤلف يريد أن يتعرض لمؤلف أستاذنا السنهورى الذى قصر استخلاص عدم مشروعية السبب من المحل على المذهبين الشافعى والحنفى . راجع مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٦١ .

(٢) المرجع السابق ، ص ٤٠٥ — ٤٠٦ .

(٣) مصادر الحق ، ج ٤ ، ص ٥٨ .

« فإذا ذكر السبب ، أى الباعث ، فى العقد ، فقد دخل فى دائرة التعاقد واعتد به فى جميع المذاهب على النحو الذى قد مناه . أما إذا لم يذكر السبب فى العقد لا صراحة ولا ضمنا ، فإن المذهب الحنبلى يعتد به [1] » .

عاشراً : يخلط المؤلف بين وجود السبب الفنى وصحته ، فهو يقول : « فإن كلا الفقهين (الإسلامى والغربى) يشترط أن يكون هناك سبب صحيح فإن كان الفعل المطلوب واجبا على الملتزم له [2] فليس هناك التزام مالأن من شروط صحة السبب ألا يكون الفعل واجباً على المدين [3] . »

وفيما عدا ذلك فليس صحيحا ما ذهب إليه المؤلف من أن الفقه الاسلامى يبطل الالتزام عند كون الفعل المطلوب واجبا على المدين لا نعدام السبب ، وإنما يبطل الالتزام فى هذه الحالة لانعدام شريطة الفائدة إن من شرائط العقد فى الفقه الاسلامى كما رأينا [4] ، أن يكون مفيدا .

وأخيرا لا وجه للمفاضلة التى عقدها المؤلف فى آخر بحثه بين الفقه الاسلامى الذى يقتصر على اشتراط علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع لإبطال التصرف والفقه الوضعى الذى يشترط — كما زعم المؤلف — اتفاق العاقدين على الباعث غير المشروع . ذلك لأن الرأى السائد فى القانون الوضعى يتفق مع الفقه الإسلامى فى اشتراطه لمجرد علم العاقد الآخر بالباعث غير المشروع لإبطال التصرف ، أما اشتراط اتفاق العاقدين على الباعث غير المشروع فهو أمر كاد الفقيه الفرنسى كابيتان ينفرد به .

(١) مصادر الحق ، حـ ٤ ص ٧٨ .

(٢) لعله يريد أن يقول الملتزم .

(٣) الشرط المستحيل ، ص ٤٢٥ .

(٤) راجع ما سبق ، ف ٥١٤ ، ص ٤٨٧ .

الملحق رقم (٣)

تقنين من وضعنا

نقترح إضافة المادة التالية إلى القانون المدنى السورى :

« التعبير عن الإرادة إما أن يكون ملق ينتج أثره بمجرد صدوره ، وإما أن يكون متلق لا ينتج أثره إلا إذا اتصل بعلم من وجه إليه ، ويعتبر الوصول فى هذه الحالة قرينة على العلم ما لم يقم الدليل على عكس ذلك[1] » .

نقترح تعديل المادة ٩٨ من القانون المدنى السورى بحيث تصبح على الشكل الآتى :

« (١) يعتبر التعاقد بين الغائبين قد تم فى المكان وفى الزمان اللذين صدر فيهما القبول ما لم يوجد اتفاق أو نص قانونى يقضى بغير ذلك .

(٢) لكل من العاقدين خيار الرجوع عن العقد قبل وصول القبول الصريح إلى علم الموجب ، وينتقل هذا الخيار إلى الوارث حال وفاته ، وإلى نائبه الشرعى حال فقده أهليته .

(٣) يعتبر وصول القبول إلى علم الموجب قرينة على العلم به مالم يقم الدليل على عكس ذلك[2] » .

نقترح تعديل المادة ٧ من قانون الأحوال الشخصية السورى بحيث تصبح على الشكل الآتى :

« يجوز أن يكون الإيجاب بالكتابة إذا كان الموجب إليه غائباً عن المجلس[3] »[4] .

(١) راجع ما سبق ، ف ٢١٢ ، ص ٢٠٣ .

(٢) راجع ما سبق ، ف ١٥٥ ، ص ١٤٥ .

(٣) راجع ما سبق ، ف ٢٧٩ ، ص ٢٨٠ .

(٤) راجع أيضاً فيما سبق ملحوظاتنا على المادة ٧٩ من التقنين المدنى العراقى (هامش رقم ٢ ، ٣ ص ٢٦٣ — ٢٦٤) .

(٤٧ — التعبير عن الإرادة)

الخاتمة

نقف فى نهاية مطافنا فى أبحاثنا لمختلف مسائل التعبير عن الإرادة لنلقى نظرة عاجلة على أهم النتائج التى توصلنا إليها والتى جملناها مدعومة بما وسعنا من أدلة :

١ — تعرفنا فى مطلع هذه الرسالة على المواطن التى تتجلى فيها النزعة الموضوعية فى الفقه الإسلامى إنْ فى نطاق الالتزام أو فى نطاق التصرف القانونى أو الواقعة القانونية . ولسنا نعتقد أن أحداً قبلنا قد تناول هذا الموضوع من جوانبه المتعددة ، رغم مسيس الحاجة إليه ، وبعد ما قام لدى واضعى مشروع التقنين المدنى من تشوف واضح إلى هذه النزعة .

٢ — حددنا فى مطلع الباب الأول من هذه الرسالة المقصود من اصطلاحى التصرف الفعلى والتصرف القولى ، وأبنا مدى الصلة التى تربط هذين الاصطلاحين باصطلاحى التصرف القانونى والواقعة القانونية . ونشير هنا إلى أنه من المتعين أن تتجه أنظار الباحثين فى الفقه الإسلامى من جديد إلى إقامة دراسة التنظيم الفقهى الإسلامى على أساس من النظرية العامة للتصرف القانونى لا على أساس من النظرية العامة للالتزام سيراً مع الاتجاهات الفقهية والقانونية الحديثة التى ثبت لديها فساد نظرية الالتزام[1] ، ومطاوعة للصناعة الفقهية الإسلامية التى تعتمد التصرف القانونى لا الالتزام محوراً لبنائها .

٣ — انتهينا فى الباب الأول إلى أن إظهار الإرادة ذو قيمة خاصة ، ثم كشفنا عن مدى اعتداد الفقه الإسلامى بالإعلام المنشىء ، وقررنا أن انتفاء الإعلام هو الأصل وتقدمنا أخيراً باقتراحين يقتضى أولهما إدخال مادة جديدة فى التقنين المدنى السورى

(١) يرى الدكتور محمود أبو عافية أن نظرية الالتزام هى فى حالة تحلل ظهرت بوادره بانفصال نظرية التصرف القانونى عنها ، وأن هذا التحلل قد ينتهى بانهيارها انهياراً كاملا ويقول فى هذا المعنى : « فالواقع الذى لا شك فيه عندنا هو أنها تحمل فى طياتها كل جرائيم الفناء فى شكل عيوب فنية مستأصلة ، يتعثر فيها المنطق السليم فى كل خطوة ، وإذا اقتصرنا على ذكر عيوبها الرئيسية رميناها بالنقص ، وعدم التناسق ، والبعد عن المنطق (التصرف القانونى المجرد ، ص ٣٠٣) » .

يشير إلى التفرقة بين التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة ويقتضى ثانيهما تعديل المادة ٩٨ من التقنين المدنى السورى على أساس من نظرية « خيار الطريق » التى فصلنا أحكامها وكشفنا عن مزاياها .

٤ — وفى الباب الثانى تسنى لنا التعرف على الأهمية التى يحظى بها اللفظ بين أنداده من طرق التعبير عن الإرادة . ولقد عمدنا إلى بيان المسوغات الجدية التى ترتكز عليها تلك الأهمية ، وأبنا الأنظار الفقهية المختلفة فى مجال طرق التعبير عن الإرادة بغير اللفظ ، وانتهينا إلى أن مرد هذا الخلاف ليس الأدلة النقلية ، وإنما الأعراف التى قامت فى ظلها تلك الأنظار .

وليس يفوتنا أن نذكر هنا أن الشمار الذهبى الذى يجب أن نتبناه فى هذا المجال هو تلك الجملة الشهيرة المأثورة عن ابن قدامة والتى جاء فيها : « إنّ الله أحل البيع ولم يبين كيفيته ، فوجب الرجوع إلى العرف » .

٥ — وفى بحثنا عن الإرادة الظاهرة تسنى لنا أن نلقى الضوء على استناد المشروع التمهيدى للتقنين المدنى المصرى إلى الفقه الإسلامى فى اعتداده بالإرادة الظاهرة . ولقد كشفنا فى بحثنا عن الأصول الجذرية لاعتداد الفقه الإسلامى بالإرادة الظاهرة إنْ فى نظرية العلة بوجه عام أوفى نظرية التعبير الصريح بوجه خاص ، ولم نقتصر على بحث النظريات بصورة سابقة للتجربة ، بل عمدنا إلى تقدير هذه النظريات فى محك حالات الخلاف بين التعبير والإرادة . ولقد انتهينا من ذلك كله إلى أن الفقه الإسلامى لا ينحاز انحيازاً مطلقاً إلى إحدى النظريتين المعروفتين ، بل يأخذ بالإرادة الظاهرة كقاعدة عامة ، ويخفف من التعويل فيها على العنصر المادى بملطفات مختلفة[1] مبتغياً فى ذلك التوفيق بين عاملى الاستقرار والعدالة .

٦ — وفى بحثنا لنظرية السبب فى الفقه الإسلامى استكملنا دراسة دور العناصر المعنوية فى تكوين التصرف القانونى فى الفقه الإسلامى وانتهينا إلى أنه لا أثر فى التنظيم الفقهى الإسلامى لاهتمام الفقه الغربى بما يسمى بـ « السبب القصدى » وإنما ثمة مكان فيه لما يسمى بـ « المقصد الأصلى » ولقد سعينا إلى التقريب بين مفهوم المقصد

(١) راجع ما سبق ، ف ٤٨٩ .

الأصلى ومفهوم السبب فى النظرية المادية الإيطالية . ورأينا إلى جانب ذلك أن مذاهب الفقه الإسلامى تمتد بالبواعث على اختلاف بينها فى الأسلوب وأن المذهبين الموسعين فى هذا الاعتداد — وهما المذهبان المالكى والحنبلى — يتسق إعمالها للباعث فى التصرف القانونى مع أخذها بمبدأ سد الذرائع .

ورأينا أخيراً أن هذين المذهبين الأخيرين هما أميل إلى احترام الإرادة الحقيقية فى حالات الخلاف بين التعبير والإرادة مما يدعونا إلى الاعتراف بوجود تيار ذاتى — يمثله المذهبان الحنبلى والمالكى يشق طريقه فى التنظيم الفقهى الإسلامى ذى النزعة الموضوعية .

٧ — وفى القسم الثانى من هذه الرسالة عالجنا موضوعات ثلاثة : تناولنا أولا بحث التفسير فوجدنا فيه تيارين متعارضين أحدهما يدعو إلى الاعتداد بالإرادة الظاهرة والتعويل على العرف وثانيهما يتجه إلى الأخذ بالتفسير الحرفى ولقد رأينا أن الغلبة كانت للتيار الأول .

٨ — ووقفنا ثانياً عند نظرية جملية آثار التصرف القانونى وأبرزنا النتائج المهمة التى تقدمها هذه النظرية فى مجال التنظيم الوضعى ، ولقد عرفنا من هذه النتائج انتقال الملكية بمجرد العقد ، وتفسير ظاهرة النيابة . وهاتان النتيجتان تسجلان بحق تقدم الفقه الإسلامى على الفقه الغربى الذى وصل أخيراً إلى الأخذ بهما .

٩ — ووقفنا ثالثاً عند القوة الملزمة للعقد فى الفقه الإسلامى ووازنا بينها وبين مثيلتها فى الفقه الغربى ، وأشرنا إلى مالها وما عليها ، وانتهينا إلى أن عدم أخذ الفقه الإسلامى بنظرية الفسخ كقاعدة عامة يسهم إلى حد كبير فى دعم هذه القوة .

١٠ — وأخيراً لسنا نحاول أن ننهى خاتمتنا ببيان النتائج الخصبة الغزيرة التى قدمها لنا العرض التاريخى لشرط السماع فى الإيجاب والقبول والتى أشرنا إليها فى حينها ، وحسبنا أن نقول إن هذا العرض الفقهى هو الأول من نوعه شكلاً وموضوعاً .

« وآخر دعواهم أن الحمد لله رب العالمين »

المراجع

(١) الفقه الإسلامى

أولا : الكتب والمخطوطات القديمة

(ا) الفقه الحنفى

محمد الشيبانى (١٨٩هـ) : « الأصل » القسم الأول فى البيوع ، تحقيق وتعليق الدكتور شفيق شحاته ، مطبعة جامعة القاهرة ، ١٩٥٤ م .

الطحاوى (٣٢١ هـ) : « مختصر » مطبعة دار الكتاب العربى ، القاهرة ، ١٩٥١ .

السمرقندى (٣٧٣ هـ) : « النوازل » مخطوط فى مكتبة الأزهر ، رقم ٣١٠٥ بخيت ٤٤٤٥٠ .

القدورى (٤٢٨ هـ) : « مختصر » طبع الآستانة ، ١٣١٠ هـ .

السرخسى (٤٣٨ هـ) : « المبسوط » طبع القاهرة ، ١٣٢٤ هـ .

السمرقندى (٥٤٠ هـ) : « تحفة الفقهاء » الجزء الأول ، تحقيق الدكتور محمد زكى عبد البر ، مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٨ م .

افتخار الدين (٥٤٢هـ) : «الخلاصة» مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٩٤٩) رافعى ٢٦٧٨٨ .

العتابى (٥٨٦ هـ) : « الفتاوى العتابية » مخطوط فى دار الكتب المصرية رقم ١٩٣ .

الكاسانى (٥٨٧ هـ) : « بدائع الصنائع » مطبعة شركة المطبوعات العلمية ، القاهرة ١٣٢٨ هـ .

قاضى خان (٥٩٢هـ) : « الفتاوى الخانية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى الثلاثة مجلدات الأولى ، انظر ما سيأتى .

المرغيناني (٥٩٣ هـ) : « الهداية » مطبوعة مع فتح القدير ، انظر ماسيأتى .
— « مختارات النوازل » نسخة فى مجلدين ، مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٩٥) ٢٦٩٥ . جزآن فى مجلدين .

برهان الشريعة (٦٠٠ هـ) : « الوقاية » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٢٩٢) ٥٥٣٩ .

القدسى (٦٠٠ هـ) : « فتاوى الحاوى القدسى » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٢٨٥٨) بخيت ٤٤٢٠٣ .

برهان الدين (٦١٦ هـ) : «المحيط» مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٣٤٨٨ (٥٤٨٠٨)
— « الذخيرة البرهانية » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ١٥٨٤ .

ظهير الدين (٦١٩ هـ) : « الفتاوى الظهيرية » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم [٢٩٧٦] بخيت ٤٤٣٢١ .

السجستانى (٦٣٨ هـ) : « منية المفتى » مخطوط فى مكتبة الأزهر (٣٠٩٥) بخيت ٤٤٤٤٠ .

عالم بن علاء (؟) : « الفتاوى التتارخانية » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم الجزء الأول (٢٩٦٨) بخيت ٤٤٣١٣ . رقم الجزء الثانى والثالث ٢٠٠٣ رافعى ٢٦٨٤٢ ، رقم الجزء الرابع (٩٣٧) ١٤٣٥٥ .

الزاهدى (٦٥٨ هـ) : « شرح على القدورى » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٢٦٢) ١٧٥٩٠ .

الموصلى (٦٨٣ هـ) : « الاختيار لتعليل المختار » طبع القاهرة ، ١٣٥٦ هـ .

ابن الساعاتى (٦٩٤ هـ) : «مجمع النهرين وملتقى النيرين» مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٨١) ٢٣٦٥ .

أبو المكارم (٧١٠ هـ) : « الفتاوى الولوالجية » مخطوط فى مكتبة الأزهر ٢٠٣٣ رافعى ٢٦٨٧٢ . فى مجلدين .

النسفى (٧١٠ هـ) : « كنز الدقائق » مطبوع على هامش البحر الرائق انظر ما سيأتى .

— « الكافى شرح الوافى » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢٤٩٩ قضاء ٣٥٤٣٩ .

الزيلعى (٧٤٢ هـ) : « تبيين الحقائق » وهو شرح على كنز الدقائق ، المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ .

صدر الشريعة (٧٤٧ هـ) : «شرح المواضع المغلقة من وقاية الرواية» مطبوع على هامش « كشف الحقائق شرح كنز الدقائق» للأفغانى القاهرة ١٣٢٢ هـ .

الكاكى (٧٤٩ هـ) : «معراج الدراية» فى شرح الهداية ، مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٢٠٩٢) رافعى ٢٦٩٣١ . نسخة غير كاملة .

الاتقانى (٧٥٨ هـ) : « غاية البيان » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٤٨٦) ٢٠٤٨١ . فى ستة مجلدات .

البابرتى (٧٧٦ هـ) : «العناية» شرح على الهداية ، مطبوعة على هامش فتح القدير انظر ما سيأتى .

الحدادى (٨٠٠ هـ) : « السراج الوهاج » شرح على مختصر القدورى ، ٨ مجلدات مخطوط فى مكتبة الأزهر [٣٧١] ٧٥٥٣ .

— «الجوهرة النيرة» شرح على مختصر القدورى ، مطبعة محمود بك ، الآستانة ، ١٣٠١ هـ .

الخوارزمى (٨٠٠هـ) : «الكفاية» وهو شرح على الهداية أربعة أجزاء فى مجلدين طبع حجر بالهند ، ١٢٨٠ هـ .

ابن قاضى سماوة (٨٢٣هـ) : « جامع الفصولين » المطبعة الأزهرية ، ١٣٠٠ هـ .

ابن البزاز (٨٢٧ هـ) : « الفتاوى البزازية » مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية فى المجلدات ٤ ، ٥ ، ٦ ، الطبعة الثانية ، ١٣١٠ هـ .

السيوسى (٨٣١ هـ) : « العناية » فى شرح الوقاية ، مخطوط فى دار الكتب المصرية ، رقم ٩٩٢ .

ابن سندل (٨٣١ هـ) : « توفيق العناية » شرح وقاية الرواية مخطوط فى مكتبة بلدية الإسكندرية رقم ٧٥٠ د .

الطرابلسى (٨٤٤ هـ) : « معين الحكام » المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣١٠ هـ .

منلامسكين (٨٥٠ هـ) : « شرح على الكنز » مطبوع على هامش فتح الله المعين انظر ماسيأتى .

العينى (٨٥٥ هـ) : « البناية فى شرح الهداية » طبع حجر بالهند ، ١٢٩٣ هـ .

— «رمزالحقائق على كنز الدقائق» المطبعة الميمنية ، القاهرة ، ١٣٢٠ هـ .

الكمال بن همام (٨٦١ هـ) : « فتح القدير » شرح الهداية مطبعة مصطفى محمد فى ثمانية أجزاء ، القاهرة ، وقد أتمه قاضى زاده (٩٩٨ هـ) فى نتائج الأفكار .

الشمنى (٨٧٢هـ) : « كمال الدراية فى شرح مختصر الوقاية » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٢٧) ١٠٤٧ . فى مجلدين .

أبو القاسم (٨٨٠ هـ) : « جامع الفتاوى » مخطوط فى دار الكتب رقم ٢٠٧١٦ ب .

ابن ملك (٨٨٥ هـ) : «شرح على وقاية الرواية» مخطوط فى مكتبة الأزهر (٢٩٣٣) بخيت ٤٤٢٧٨ .

منلا خسرو (٨٨٥ هـ) : «درر الحكام شرح غرر الأحكام» المطبعة العامرة القاهرة ، ١٣٠٤ هـ .

يعقوب باشا (٨٩١ هـ) : « حاشية على شرح الوقاية لصدر الشريعة » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٨٣٦) ٢٦٣٣٣ .

الآمدى (٩٠٠ هـ) : « زبدة الدراية » فى شرح الهداية مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٧٩٠ حسونة ١٢٨٥٩ .

أخى چلبى (٩٠٥ هـ) : « ذخيرة العقبى » حاشية على شرح الوقاية ، طبع حجر بالهند ، ١٣١٣ هـ

البرجندى (٩٣٠ ﻫ) : « شرح النقاية على الوقاية » مخطوط فى مكتبة الأزهر (١٤٩) ٢٧٧٨ .

ابن الكمال باشا (٩٤٠ ﻫ) : « إيضاح الإصلاح » مخطوط فى مكتبة الأزهر (١٥٠) ٢٧٧٩ .

سعدى چلبى (٩٤٥ ﻫ) : « حاشية على العناية والهداية » مطبوعة على هامش فتح القدير ، انظر ما سيأتى .

الحلبى (٩٥٦ ﻫ) : « غنية المتملى » على هامش حاية الناجى انظر ما سيأتى .

— « ملتقى الأبحر » طبع الآستانة ، ١٣١٦ ﻫ .

القهستانى (٩٦٣ ﻫ) : « جامع الرموز » وهو شرح على النقاية ، طبع قزان ١٣١٦ ﻫ .

منلا إلياس (٩٧٠ ﻫ) : « شرح على الوقاية » مخطوط فى مكتبة بلدية الإسكندرية رقم ٣٨١١ ج .

ابن نجيم (٩٧٠ ﻫ) : « الأشباه والنظائر » دار الطباعة العامرة القاهرة ، ١٢٩٠ ﻫ .

— « البحر الرائق » وهو شرح على الكنز ، القاهرة ، ١٣٣٤ﻫ .

الوانى (١٠٠٠ ﻫ) : « نقد الدرر » حاشية على درر الحكام ، مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٣٣٤) ١٨٨٦٥ .

الشلبى (١٠٠٠ ﻫ) : « الفوائد الرقائق » على هامش تبيين الحقائق ، انظر ما سبق .

الباقانى (١٠٠٠ ﻫ) : « بحر الأنهر على ملتقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٣٣٦) ٧٣٨٣ .

المقدسى (١٠٠٤ ﻫ) : « أوضح رمز على نظم الكنز » مخطوط فى مكتبة الأزهر ٧٩١ حسونة ١٢٨٦٠ .

التمرتاشي (١٠٠٤ هـ) : « تنوير الأبصار » على هامش رد المحتار انظر ما سيأتي .

— «منح الغفار شرح تنوير الأبصار» مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٢٠٣) ١٦٥٧٨ .

ابن نجيم (١٠٠٥ هـ) : « النهر الفائق على كنز الدقائق » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٢٠٩) رافعى ٢٦٩٤٨ .

الهروى (١٠١٤ هـ) : « فتح باب العناية » طبع قزان ، ١٣١٦ هـ ، ١٨٩٩ م

عزمى زادة (١٠٤٠ هـ) : حاشية على درر الحكام مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٣٣٣) ١٨٨٦٤ .

عبد الحليم (١٠٦٠ هـ) : « كشف رموز غرر الأحكام » حاشية على الدرر طبع الآستانة ، ١٣١٣ هـ .

الشرنبلالى (١٠٦٩ هـ) : « غنية ذوى الأحكام في بغية درر الحكام» حاشية على الدرر مطبوع على هامش درر الحكام ، انظر ما سبق .

بعض علماء الهنود (١٠٧٠ هـ) : « الفتاوى الهندية » المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣١٠ هـ .

نوح أفندى (١٠٧٠ هـ) : « نتائج النظر على الدرر والغرر » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٥٤٣) ٢٠٥٣٨ . والموجود منه الجزآن ٢ ، ٣ .

مصطفى بن عمر (١٠٦٦ هـ) : « المنتقى شرح الملتقى » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم (١٣٠) ٢٧٥٥ .

الرملى (١٠٨١ هـ) : « الفتاوى الخيرية » المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣٠٠ هـ الطبعة الثانية .

شيخ زاده (١٠٨٧ هـ) : « مجمع الأنهر » شرح على ملتقى الأبحر ، طبع الآستانه ، ١٣١٠ هـ .

الحصكفى (١٠٨٨ هـ) : « الدر المختار» شرح تنوير الأبصار على هامش رد المحتار . انظر ما سيأتى .

الحموى (١٠٩٨ هـ): « كشف الرمز عن خبايا الكنز » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (٣٧٢) ٧٥٥٤ .

القزانى (١١٠٠ هـ): « غواص البحرين » على هامش جامع الرموز ، انظر ما سبق

؟ « مفاتيح القيود وحل العقود » حاشية على شرح الوقاية مخطوط فى مكتبة بلدية الاسكندرية رقم ٨٣١ ب . لم يذكر عليه اسم مؤلفه .

عبد الرحيم (١١٠٠ هـ) . « شرح ملتقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢٩٢٨ بخيت ٤٤٢٧٣ .

إلـهى زاده (١١٠٠هـ) : « حاشية على جامع الرموز » مخطوط فى مكتبة الأزهر (١٩٤٤) رافعى ٢٦٧٨٣ .

الأدرنوى (١١٣٠ هـ) : « مهتدى الأنهر إلى ملتقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢١٠٢ رافعى ٢٦٩٤١ .

الخادمى (١١٥٤ هـ ؟) : « حاشية » على الدرر مطبوع فى الآستانة ، ١٣١٠ هـ .

الاسقاطى (١١٥٩ هـ) : « منهج السالكين إلى شرح منلا مسكين » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم [٢٤٠] ٥٢٦٥ .

أبو السعود (١١٦٠ هـ) : « فتح الله المعين » وهو حاشية على منلا مسكين مطبعة المويلحى ، القاهرة ، ١٢٨٧ هـ .

الحلبي (١١٩٠ هـ) : « تحفة الأخيار على الدر المختار » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٣٨) ٢٧٦٥ .

المرعشى (١٢٠٠ هـ) : « المعادل على ملتقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٦١٥) ٢٢٤٧٩ .

الحلبي (١١٠٤ هـ) : «شرح ملتقى الأبحر » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ٢٩٢٧ بخيت ٤٤٢٧٢ .

الطحطاوى (١٢٣١ هـ) : « حاشية على الدر المختار » طبع بولاق ، القاهرة ، ١٢٨٢ هـ .

الرحمتى (   ) : « حاشية على الدر المختار » مخطوط فى مكتبة الأزهر (نسخة غير تامة) .

المغربى (١٢٣٨ هـ) : « تعاليق الأنوار على الدر المختار » مخطوط فى مكتبة الأزهر بخط المؤلف رقم (٥٨٣) ١٠١٧٥ .

ابن عابدين (١٢٥٢ هـ) : « منحة الخالق شرح على البحر الرائق » مطبوع على هامش البحر الرائق انظر ماسبق .

— « ردالمحتار حاشية على الدرالمختار » الطبعة الثالثة المطبعة الكبرى الأميرية القاهرة ، ١٣٢٣ هـ .

— «مجموعة رسائل » مطبعة دارسعادت ، ١٣٢٥ هـ

— « العقود الدرية فى تنقيح الفتاوى الحامدية » المطبعة العامرة الأميرية ، القاهرة ، ١٣٠٠هـ .

السندى (١٢٥٧ هـ) : «طوالع الأنوار شرح على الدر المختار » ١٦ مجلد مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم (١٩٨٧) رافعى ٢٦٨١٦ .

أبو المكارم (١٢٩٦ هـ) : « شرح مختصر الوقاية » ٣ أجزاء طبع حجر بالهند

كوز الحصارى(١٣٠٠ هـ) : « حلية الناجى » طبع الآستانة ، ١٢٥٠ هـ

محمد عبد الحى(١٣٠٤ هـ) : « عمدة الرعاية فى شرح الوقاية » مطبعة أنور محمد ، طبع حجر .

محمد علاء الدين عابدين : (١٣٠٦ هـ) « قرة عيون الأخبار » تكملة لرد المحتار القاهرة ، ١٢٩٩ هـ ، فى مجلدين .

الرافعى (١٣٢٣ هـ) : «التحرير المختار»وهو تعليق على رد المحتار المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٢٣ هـ

الهاشمى (١٣٤٣ هـ) : « حميد الآثار فى نظم تنوير الأبصار » المطبعة السلفية ، القاهرة ، ١٣٤٣ هـ

(ب) الفقه الشافعى

الشافعى (٢٠٤ هـ) : « الأم » طبع القاهرة ، ١٣٢١ هـ سبعة أجزاء فى أربعة مجلدات .

الشيرازى (٤٧٦ هـ) : «المهذب» طبع القاهرة ١٣٤٣ هـ . جزءآن فى مجلد واحد .

عز الدين عبد السلام (٦٦٠ هـ) : « قواعد الأحكام فى مصالح الأنام » مطبعة الاستقامة ، القاهرة .

النووى (٦٧٦ هـ) : «المجموع شرح المهذب» المطبعة المنيرية ، القاهرة .

— « المنهاج » مطبوع على هامش نهاية المحتاج انظر ما سيأتى .

السيوطى (٩١١ هـ) : « الأشباه والنظائر » مطبعة الحلبى القاهرة ، ١٩٣٨ م

الأنصارى (٩٢٦ هـ) : « الغرر البهية فى شرح البهجة الوردية» المطبعة اليمانية ، القاهرة ، ١٣١٨ هـ

الأسنوى (٩٢٦ هـ) : « أسنى المطالب شرح روض الطالب» وهو شرح على روض الطالب لابن أبى بكر المقرى اليمنى ، طبع المطبعة الميمنية ، ١٣١٣ هـ

ابن حجر (٩٧٤ هـ) : « تحفة المحتاج » شرح على المنهاج القاهرة ، ١٣٠٤ هـ ، فى ثمانية مجلدات .

الرملى (١٠٠٤ هـ) : « نهاية المحتاج شرح المنهاج» طبع القاهرة ، ١٣٠٤ هـ ، ثمانية أجزاء فى خمسة مجلدات .

الشبراملسى (١٠٨٧ هـ) : « حاشية على نهاية المحتاج » انظر ماسبق .

البجيرمى (١٢٢١ هـ) : « التجريد لنفع العبيد » حاشية على شرح المنهاج ، المطبعة الأميرية ، القاهرة ١٣٠٩ هـ

(حـ) الفقه المالكى

مالك (١٧٩ هـ) : « المدونة الكبرى » رواية سحنون ، القاهرة ، ١٣٢٣ هـ ستة عشر جزءاً فى ثمانية مجلدات . الطبعة الأولى .

ابن رشد (٥٩٥ هـ) : «بداية المجتهد» مطبعة الاستقامة القاهرة ، ١٩٥٢م في مجلدين .
القرافى (٦٨٤ هـ) : « الفروق » القاهرة ، ١٣٤٤ هـ ، أربعة أجزاء .
ابن جزىء (٧٤١ هـ) : «القوانين الفقهية» مطبعة النهضة ، تونس ، ١٣٤٤ هـ .
الحطاب (٩٥٤ هـ) : «شرح على مواهب الجليل » مطبعة السعادة ، ١٩٢٩ م ، ٦ أجزاء
— « تحديد الكلام فى مسائل الالتزام » مخطوط فى مكتبة الأزهر رقم ١٢٧١ .
الدردير (١٢٠١ هـ) : «الشرح الصغير » على حاشية الصاوى ، القاهرة ، ١٣١٠ ، فى مجلدين .
— « الشرح الكبير » على حاشية الدسوقى ، القاهرة ، ١٣٠٩ فى أربعة مجلدات .
الدسوقى (١٢٣٠ هـ) : « حاشية على الشرح الكبير للدردير » المطبعة الأزهرية ، ١٣٠٩ هـ ، انظر ماسبق .
الصاوى (١٢٤١ هـ) : « بلغة السالك لأقرب المسالك » حاشية على الشرح الصغير للدردير ، انظر ماسبق .

(د) الفقه الحنبلى

ابن حنبل (٢٤١ هـ) : « مسند » ، القاهرة ، ١٣١٣ هـ ، فى ستة مجلدات .
ابن قدامة (٦٣٠ هـ) : « المغنى » دار المنار بالقاهرة ، الطبعة الثالثة ، ١٣٦٧ هـ
المقدسى (٦٨٢ هـ) : « الشرح الكبير » مطبوع على المغنى ، انظر ما سبق .
ابن تيمية (٧٢٨ هـ) : « فتاوى » ، القاهرة ، ١٣٢٨ هـ ، فى خمسة مجلدات .
— « السياسة الشرعية » ، القاهرة ، ١٣٢٢ هـ .
ابن قيم الجوزية (٧٥١ هـ) : « إعلام الموقعين » القاهرة ، ١٣٢٥ هـ .
— « الطرق الحكمية فى السياسة الشرعية » القاهرة ، ١٣١٧ هـ .
أبو عبد الله محمد (٧٦٣ هـ) : « الفروع » القاهرة ، ١٣٣٩ هـ . فى ثلاثة مجلدات
ابن رجب (٧٩٥ هـ) : « القواعد الفقهية » مطبعة الصدق الخيرية ، القاهرة ١٣٥٢ هـ .

منصور بن أدريس (١٠٥١ هـ) : « كشاف القناع » شرح متن الاقناع ، مطبعة أنصار السنة المحمدية ، ١٣٦٦ .وعلى هامشه « منتهى الإرادات » .

(هـ) المذاهب الأخرى

١ — الشيعة الإمامية .

العاملي (١٢٢٦ هـ) : « مفتاح الكرامة » ، القاهرة ، ١٣٢٣ — ١٣٢٦ هـ .
النجفي (١٣٢٢ هـ) : « جواهر الكلام في باب العقود » طبع حجر .
— « جواهر الكلمات في العقود والايقاعات » مخطوط في مكتبة الأزهر رقم ٦ .

٢ — الشيعة الزيدية .

أبو الحسين زيد بن علي (١٢٢ هـ) : « مجموع الفقه » طبع بعناية الدكتور جريفيني ، ميلانو ، ١٩١٩ م .
المرتضى (٨٤٠ هـ) : « البحر الزخار الجامع لمذاهب علماء الأمصار » أربعة أجزاء الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٤٨ م .
عبد الله بن مفتاح : (٨٧٧ هـ) . « المنتزع المختار » ، القاهرة ، ١٣٣٢ هـ .
شرف الدين الحيمي (١٢٢١ هـ) : «الروض النضير شرح مجموع الفقه الكبير» مطبعة السعادة ، ١٣٤٩ هـ .

٣ — فقه الأباضية .

ضياء الدين عبد العزيز (١٢٢٣ هـ) : « النيل » مع الشرح اللاحق .
محمد أطفيش (   ) : « شرح النيل وشفاء العليل » ، القاهرة ، ١٣٤٣ هـ عشرة مجلدات .

٤ — الفقه الظاهري .

ابن حزم (٤٥٦ هـ) : « المحلى » طبع منير الدمشقي ، القاهرة ، ١٣٥٢هـ ، ١١ جزءاً .

(و) أصول الفقه

البزدوى (٣٧٠ هـ) : « أصول » طبع الآستانة ، ١٣٠٨ هـ .
ابن حزم (٤٥٦ هـ) : « الإحكام فى أصول الأحكام » مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٤٨ هـ .
الغزالى (٥٠٥ هـ) : « المستصفى فى الأصول » طبع القاهرة ، ١٣٢٢ هـ فى مجلدين .
الآمدى (٦٣١ هـ) : « الإحكام فى أصول الأحكام » أربعة أجزاء ، مطبعة دار المعارف القاهرة ، ١٣٣٢ .
ابن الحاجب (٦٤٦ هـ) : « المختصر » .
العضد (٧٥٦ هـ) : « شرح » على مختصر ابن الحاجب .
النسفى (٧١٠ هـ) : « المنار » مطبعة دار سعادت ، ١٣١٥ هـ .
البخارى (٧٣٠ هـ) : « كشف الأسرار » مطبوع على أصول البزدوى انظر ماسبق .
صدر الشريعة (٧٤٧ هـ) : التوضيح شرح متن التنقيح ، طبع القاهرة .
الأسنوى (٧٧٢ هـ) : « نهاية السول شرح منهاج الوصول » المطبعة السلفية بالقاهرة ، ١٣٤٥ هـ .
الشاطبى (٧٩٠ هـ) : « الموافقات » المطبعة الرحمانية ، القاهرة .
التفتازانى (٧٩٠ هـ) : « التلويح » حاشية على التوضيح مطبوع مع التوضيح انظر ما سبق .
ابن الهمام (٨٦١ هـ) : « التحرير » المطبعة الكبرى الأميرية ، القاهرة ، ١٣١٦ هـ .
ابن أمير الحاج (٨٧٩) : « التقرير والتحبير » شرح التحرير ومطبوع على هامشه . انظر ماسبق .
ابن ملك (٨٨٥ هـ) : « شرح المنار » مطبوع على هامش المنار ، انظر ماسبق .
منلاخسرو (٨٨٥ هـ) : « مرآة الأصول فى شرح مرقاة الوصول » طبع الآستانة ، ١٣١٢ هـ .
الخادمى (١١٥٤ هـ ؟) : « مجامع الحقائق » طبع الآستانة ، ١٣٠٨ هـ .
الأزميرى (   ) : « حاشية على مرآة الأصول » انظر ماسبق .

الشوكانى (١٢٥٥ ه) : « إرشاد الفحول إلى تحقيق الحق من علم الأصول » مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٧ ه .
كوز الحصارى (١٣٠٠ه) : «منافع الدقائق» شرح مجامع الحقائق مطبوع مع الجامع .

(ز) التفسير والحديث

الجصاص (٣٧٠ ه) : «أحكام القرآن» فى ثلاثة أجزاء ، المطبعة البهية ، القاهرة ، ١٣٤٧ ه .
الرازى (٦٠٦ ه) « مفاتيح الغيب » فى ثمانية مجلدات ، القاهرة ، ١٣٠٨ ه .
مالك (١٧٩ ه) : « الموطأ » طبع دار الحلبى ، القاهرة ، ١٩٥١ م فى جزءين .
البخارى (٢٥٦ ه) : « صحيح » طبع القاهرة ، فى تسعة مجلدات .
العينى (٨٥٥ ه) : « عمدة القارىء »
الصنعانى (١١٨٢ ه) : « سبل السلام » طبع القاهرة ، أربعة أجزاء فى مجلدين .
الشوكانى (١٢٥٥ ه) : « نيل الأوطار » المطبعة المصرية ، ١٣٥٧ ه .

(ح) الطبقات

منلا كاتب چلبي (١٠٧٦ ه) : « كشف الظنون عن أسامى الكتب والفنون » مطبعة العالم ، ١٣١٠ ه .
اللكنوى (١٣٠٠ ه) : « الفوائد البهية » مطبعة السعادة ، القاهرة ، ١٣٢٤ه
فهرست دار الكتب المصرية ١٣٤٢ ه / ١٩٢٤ م .
فهرست مكتبة الأزهر الجزء الثانى ١٣٦٥ه/١٩٤٦ م والثالث ١٣٦٦ه/١٩٤٧م .

(ط) القواميس العربية

المطرزى (٦١٦ ه) : « المُغْرِب فى ترتيب المُعْرِب » طبع الهند ، ١٣٢٨ ه
ابن منظور (٧١١ ه) : « لسان العرب » القاهرة ، ١٣٠٠ ه .
الفيومى (٧٧٠ ه) : « المصباح المنير » المطبعة العلمية ، ١٣١٥ ه .

ثانيا : المؤلفات الحديثة فى الفقه الإسلامى

ابراهيم (أحمد) : «أحكام الأحوال الشخصية» الجزء الأول ، القاهرة ، ١٩٢٥ .

أبو زهرة (محمد) : «الملكية ونظرية العقد فى الشريعة الإسلامية» الطبعة الأولى ، مطبعة نورى ، القاهرة ، ١٩٣٩ .
— «أبو حنيفة » الطبعة الثانية ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٤٧ .
— « مالك » الطبعة الأولى ، مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٤٦ .
— « الشافعى » الطبعة الثانية ، مطبعة مخيمر ، القاهرة ، ١٩٤٨ .
— «ابن تيمية» الطبعة الأولى ، دار الفكر العربى ، القاهرة ، ١٩٥٣ .
— « الأحوال الشخصية ، قسم الزواج » الطبعة الثانية ، مطبعة مخيمر ، القاهرة ، ١٩٥٠ .
— « الجريمة والعقوبة فى الفقه الإسلامى » الجزء الأول ، مطبعة مخيمر ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
أبو سنة (أحمد فهمى) : « العرف والعادة فى رأى الفقهاء » مطبعة الأزهر ، القاهرة ، ١٩٤٩ (رسالة أستاذية)
— « الوسيط فى أصول فقه الحنفية » القاهرة ، ١٩٥٤ .
خضرى (محمد) : «أصول الفقه» المطبعة الرحمانية ، الطبعة الثانية ، القاهرة ١٩٣٣ .
خفيف (على) : « أحكام المعاملات الشرعية » القاهرة ، ١٩٤٢ .
— « الحق والذمة » مكتبة عبد الله وهبة ، القاهرة ، ١٩٤٥ .
— « فرق النكاح فى المذاهب الإسلامية » مطبعة الرسالة ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
خلاف (عبد الوهاب) : « علم أصول الفقه » مطبعة النصر القاهرة ، ١٩٥٠
— « مصادر التشريع الإسلامى فيما لا نص فيه » القاهرة ، ١٩٥٥ .
ذنون (حسن على) : « النظرية العامة للفسخ فى الفقه الإسلامى » مطبعة نهضة مصر ، ١٩٤٦ (رسالة دكتوراة) .
زرقاء (مصطفى) : « المدخل الفقهى العام » الجزء الأول ، مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ، ١٩٥٢ .
— « المدخل إلى نظرية الالتزام العامة » الجزء الثانى ، مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ، ١٩٥٨ .

سايس وسبكى و بربرى : « تاريخ التشريع الإسلامى »
سنهورى (محمد أحمد فرج) شرح قانون الوقف من مجموعة القوانين المصرية المختارة من الفقه الإسلامى ، القاهرة .
سنهورى (عبد الرزاق) : « مصادر الحق » الجزء الأول مقدمة — صيغة العقد ، دار مصر للطباعة ، ١٩٥٤ .
— « مصادر الحق » الجزء الثانى توافق الارادتين ، صحة التراضى ، مطبعة لجنة البيان العربى ، القاهرة ، ١٩٥٤ .
— « مصادر الحق » الجزء الثالث ، محل العقد ، مطبعة دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
— « مصادر الحق » الجزء الرابع ، نظرية السبب ونظرية البطلان ، دار الهنا ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
— « مصادر الحق » الجزء الخامس ، أثر العقد بالنسبة للأشخاص ، دار الهنا للطباعة ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
— « مصادر الحق » الجز السادس ، أثر العقد بالنسبة الموضوع ، دار الهنا للطباعة ، القاهرة ، ١٩٥٩ .
شحاته (شفيق) : « النظرية العامة للإلتزامات فى الشريعة الإسلامية » مطبعة الاعتماد ، القاهرة ، ١٩٣٦ (رسالة دكتوراة) .
شلبى (مصطفى) : «تعليل الأحكام» مطبعة الأزهر، القاهرة، ١٩٤٩ (رسالة الأستاذية)
شلتوت (محمود) : « فقه القرآن والسنة فى القصاص » ، القاهرة .
شلتوت وسايس : « مقارنة المذاهب الأربعة» القاهرة .
عامر (عبد العزيز) : « التعزير فى الشريعة الإسلامية » مطبعة دار الكتاب العربى ، القاهرة ، ١٩٥٥ (رسالة دكتوراة)
عابدين (أبو اليسر) : « أصول الفقه » مطبعة الجامعة السورية ، دمشق ، ١٩٥٠ .
عبد البر (محمد زكى) : « نظرية تحمل التبعة فى الفقه الإسلامى» القاهرة ، ١٩٥٠ (رسالة دكتوراه)

عبد الغفار (محمد الحسينى) : « حوالة الحق فى الفقه الإسلامى » (تحت الطبع) .
عبدالله (عمر) : « الأحوال الشخصية » .
عدوى (محمود شوكة) : « نظرية العقد فى الشريعة الإسلامية » القاهرة ، ١٩٤٧ (رسالة أستاذية غير مطبوعة) .
عيسوى (عيسوى أحمد) : « الفقه الإسلامى ، المدخل ونظرية العقد » الطبعة الثانية ، مطبعة دار التأليف ، القاهرة .
محمصانى (صبحى) : « فلسفة التشريع فى الإسلام » الطبعة الثانية ، مطبعة الكشاف بيروت ، ١٩٥٢ .
— « النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الإسلامية » مطبعة الكشاف ، بيروت ، ١٩٤٨ .
مدكور (محمد سلام) : « الفقه الإسلامى ، المدخل والأموال والحقوق والملكية والعقود » ، مطبعة دار الهنا ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٥٤ .
— «المقاصة الفقه الإسلامى» مطبعة الفجالة الجديدة ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
موسى (محمد يوسف) : « الأموال ونظرية العقد فى الفقه الإسلامى » مطبعة دار الكتاب العربى ، الطبعة الأولى ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
نورى (حسين) : «عوارض الأهلية فى الشريعة الإسلامية» رسالة دكتوراة ، القاهرة
يحى (عبد الودود) : « حوالة الدين فى الفقه الإسلامى » ، دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراة ، (تحت الطبع) .

التقنينات وشروحها

باز (سليم بن رستم) « شرح المجلة » ، طبعة ثانية ، بيروت ١٨٩٨ .
المحاسنى : « شرح المجلة » ، دمشق ، ١٩٢٧ .
كاشف الغطاء : « تحرير المجلة » ، النجف الأشرف العراق ، ١٣٥٩ هـ .
قدرى باشا (محمد) : « مرشد الحيران » ، الطبعة الثالثة ، القاهرة ، ١٩٠٩ .
صبرى (محمد حافظ) : «المقارنات والمقابلات» مطبعة هندية ، القاهرة ، ١٩٠٢ .
جماعة من رجال القانون والشريعة الإسلامية « نموذج لكتاب العقد مستمدة أحكامه من الشريعة الإسلامية » دار الطباعة والنشر الإسلامية ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

المراجع غير العربية فى الفقه الإسلامى

ABDOH (Djalal) L' élément Psychologique dans les contrats suivant la Conception Iranienne, Paris, 1937,

AMIRIAN, La fromation du mariage en droits Iranien et musulman comparés avec le droit français Paris, 1938.

DIB, Essai sur une théorie des mobiles en droit civil Hanafite, Beyrouth, 1952.

MILLOT Introduction à l' étude du Droit Musulman, Paris, 1953.

RIFAI, Le consentement et les vices du consentement en droit musulman hanafite, thése, Nancy, 1933.

STEPHANI, Les successions ab intestat et testamentaire en droit civil français comparé au Droit égyptien .Le Caire 1950.

TYAN, Rapport au congrès International de Droit Comparé,(La Haye 1937) sur la responsabilité délictuelle en droit Musulman.

(٢) مراجع القانون المدنى

أبو ستيت (أحمد حشمت) : « نظرية الالتزام فى القانون المدنى المصرى » مطبعة مصر ، القاهرة ، ١٩٥٤ .

أبو طالب (صوفى حسن) : « تاريخ النظم القانونية والاجتماعية » القاهرة ١٩٥٤

أبو عافية (محمود) : « التصرف القانونى المجرد » مطبعة جامعة فؤاد الأول ، القاهرة ، ١٩٤٨ .

الأسيوطى (ثروة أنيس) : « مسئوليه الناقل الجوى فى القانون المقارن » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٩ (رسالة دكتوراة) .

بدراوى (عبد المنعم) : « عقد البيع » القاهرة ، ١٩٥٨ .

بدوى (حلمى بهجت) : « أصول الالتزامات » مطبعة نورى ، القاهرة ، ١٩٤٣ .

جلبلى (عبد الله) : « الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٥٨ .

حجازى (عبد الحى) : «النظرية العامة للالتزام » المطبعة العالمية ، القاهرة ، ١٩٦٠ .

دواليبى(معروف) : « الوجيز فى الحقوق الرومانية وتاريخها » مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٨.

ذنون (حسن) : « محاضرات فى القانون المدنى العراق » القاهرة.

الزرقاء (مصطفى) : « نظرية الالتزام العامة فى القـانون المدنى السورى » مطبعة جامعة دمشق ، ١٩٥٩ .
السنهورى (عبد الرزاق) : « الوسيط » ج ١ ، مطبعة جرينبرغ ، القاهرة ، ١٩٥٢ .
— « التصرف القانونى والواقعة القانونية » القاهرة ، ١٩٥٤ .
شحاته (شفيق) : « محاضرات عن حوالة الحق فى قوانين البلاد العربية » القاهرة ١٩٥٥
الشرقاوى (جميل) : « نظرية بطلان التصرف القانونى » القاهرة ، ١٩٥٦ .
الصده (عبد المنعم فرج) : « مصادر الالتزام » مطبعة الحلبى ، القاهرة .
— « نظرية العقد فى قوانين البلاد العربية » ، القاهرة ، ١٩٥٨ .
عرفه (محمد على) : « أهم العقود المدنية ، العقود الصغيرة » القاهرة ، ١٩٤٥ .
قلادة (وليام سليمان) : « التعبير عن الإرادة » المطبعة التجارية الحديثة القاهرة ١٩٥٥
قوتلى (عدنان) : « المدخل إلى الحقوق المدنية السورية » جامعة دمشق ، ١٩٥٦ .
كزبرى (مأمون) « الصورية فى الحقوق المدنية السورية » مطبعة الجامعة السورية دمشق ، ١٩٥١ .
مرزوق (أحمد) : « نظرية الصورية فى التشريع المصرى » مطبعة دار التأليف ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
مرقس (سليمان) : « أصول الإثبات فى المواد المدنية » القاهرة ١٩٥٢ .
— « نظرية العقد » دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
— « الفعل الضار » دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٦ .
— « أحكام الالتزام » دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٥٧ .
— « المسئولية المدنية فى تقنينات البلاد العربية » دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٦٠ فى جزأين .
— « مصادر الالتزام » دار النشر للجامعات ، القاهرة ، ١٩٦٠ .
ناهى (صلاح الدين) : « الامتناع المشروع عن الوفاء » مطبعة العلوم ، رسالة دكتوراة القاهرة ١٩٤٥ .

المراجع غير العربية

AL CHIATY (Ahmed Zaki), Essai sur la qualification des contrats, thése, Le Caire, 1944.

La formation du contrat et son interprétation dans le nouveau Code civil égyptien, Al Qanoun wal Iqtisad, xi année, 1949, P. 1.

AUBRY et RAU, Cours de droit civil, 6e éd, mise au courant par Bartin. Paris, 1929.

BARASSI, Notificazione, necessaria nelle dichiarazioni strajudicali, Milano, 1906.

BONNECASE, Supplément au traité théorique et pratique de droit civil de Baudry - Lacantinerie, Paris, 1929.

BOSSHART (Fritz). L' interprétation des contrats, thése, Genève, 1939.

BUFNOIR, Propriété et contrat, 2e éd, 1929.

BONFANTE, Sulle concezioni tedesca e francese del contratto (Rivista di diritto commerciale, 1909, t. 1, P. 249 etss.)

CHABAS. De la déclaration de volonté en droit civil francais, thése, Paris, 1931.

CHEHATA (Chafik) Volonté réelle et volonté déclarée dane le nouveau Code civil égyptien, Al Qanoun Wal Iqtisad xxiii année.

CHEVALLIER (Jean) La déclaration de volonté dans le projet de Code civil revisé. Al qanoun Wal Iqtisad xii, P. 97.

Inexécution du contrat synallagmatique. cours de doctorat non imprimé, 1945.

COLIN et CAPITANT, Cours élémentaire de droit civil, 8 éd 1934.

COSACK — Le hrbuch des bürg, Recht, 1912, 6 vol.

DEIANA (G) Alcuni chiarimenti sulla causa del negozio e dell' obbligazioni, dans Rivista, di diritto civile, 1938, P. 1 et s.

DEMOGUE, Traité des obligations, Paris, 1923.

DURMA (Mircea), La notification de la volonté, thése, Paris, 1930.

GORLA, Les contrats dans la Civil law et dans la common law cours de doctorat, Le Caire, 1953—54.

DUSI, Istituzioni di diritto privato Napoli, 1922, T. 1. P. 165.

FERRARA (L.) Istituzioni di diritto privato, torino, 1939.

HEBRAUD, Acte, Encyclopédie Dalloz, 1, 19 1.

HOUIN, Les conditions de formation des contrats, cours de doctora, Le caire, 1954 55.

IHERING, L' esprit du Droit romain, trad Meulenaere. 3° éd.

IONASCO (Trajan) La volonté dans la formation des contrats, Recueil d' études sur les sources du droit en l' honneur de François Geny. t. II, P. 370.

LUCAS (Pierre Louis) Volonté et Cause, thése, Dijon, 1918. Lésion et Contrat, Paris, 1926.

MARTIN de LAMOUTTE (Jacques), L'acte juridique unilatéral, thése, Toulouse 1949.

MAURY (Jacques), Cause, Encyclopedie Dalloz, 1951. no 10.

MEYNIAL', La déclaration de volonté, dans Revue trimestrielle, 1902, P. 167 et s.

MOREL La formatoln du contrat et sa force obligatoire.

RIPERT, La régle morale, 4e éd, Paris, 1949.

RUGGIERO, Istituzioni di diritto privato,

SALEILLES, De la déclaration de volonté Paris, 1901. De la personnalité juridique, Paris, 1910.

SCIALOJA, Negozio Giuridicio, dans Nuovo diegesto italiano, 1938.

TUHR (Andreas Von) Partie générale du code fédéral des obligations, 1° volume, trad. français par Torrente et thilo Lausanne, 1933.

WAKIL (Chams ed dine), La technique de l'obligation volontaire dans le nouveau code civil egyptien, Paris, 1952 . (thèse non imprimée)

فهرست

الباب التمهيدى

الفصل الأول

النزعة الموضوعية فى الفقه الاسلامى

صفحه

(١) خطـــــــة البحث 1

المبحث الأول : النزعة الموضوعية فى طبيعة الالتزام

(٢) طبيعة الالتزام فى الفقه الغربى (٣) نتائج المذهب الموضوعى (٥) طبيعـــة الالتزام فى الفقه الاسلامى (٦) انتقال الالتزام من ناحيتيه الايجابية والسلبية مسألة خلافية (٧) تعليل الدكتور السنهورى لانتفاء حوالة الدين فى الفقه الاســـــلامى (٨) تقدير هــــذا التعليــل (٩) تحليل الالتزام بالدين الى عنصرين : الدين والمطالبة (١٠) امكان عدم وجـــود ملتزم له معين عنــد نشوء الالتزام 11

المبحث الثانى : النزعة الموضوعية فى التصرف القانونى

(١١) خطة البحث (١٢) تعريف العقد (١٣)عيوب الارادة (١٤) عدم نيابة قبض ضعيف عن قبض قوى (١٥) التعبير عن الارادة 17

المبحث الثالث : النزعة الموضوعية فى الواقعة القانونية

الفرع الأول : النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل الضار

(١٧) ركن التعدى (١٩) معايير التعسف (٢٠) رابطة السببية (٢١) تقـــــدير التعويض (٢٢) الضرر الادبى (٢٣) تقويم المنافع (٢٤) الشروع فى الفعل الضار (٢٥) مســــــئولية عــــــــــديم التمييز 23

الفرع الثانى : النزعة الموضوعية فى نظرية الفعل النافع

(٢٦) البـــانى والغارس فى أرض الغير 24

الفصل الثانى

أثر النزعة الموضوعية فى الفقه الاسلامى على التقنين المدنى السورى

(٢٧) مدى هذا الأثر (٢٨) ملاحظة للدكتور الشيتى (٢٩) تقــــــديرها 27

صفحه

القسم الأول
دور التعبير عن الإرادة فى تكوين التصرف القانونى

تمهيد
التصرف القانونى والواقعة القانونية فى الفقه الإسلامى

(٣١) مصدرا الحق فى الفقه الغربى هما التصرف القانونى والواقعة القانونية (٣٢) تقسيم التصرفات إلى قولية وفعلية فى الفقه الاسلامى (٣٣) الرأى القائل بالمطابقة بين التصرف الفعلى والواقعة القانونية ، نقد هذا الرأى (٣٤) الرأى القائل بالمطابقة بين التصرف الفعلى والفعل الضار ، نقد هذا الرأى (٣٦) التصرف الفعلى يقابل الفعل النافع والفعل الضار 36

الباب الأول
التعبير الملقى والتعبير المتلقى

الفصل الأول
إظهار الإرادة

المبحث الأول : ضرورة الإظهار

(٣٩) اجماع الفقهاء على ضرورة الاظهار (٤٠) الدليل النقلى (٤١) لزوم الاظهار 40

المبحث الثانى : الأساس الذى يقوم عليه الإظهار

(٤٢) فائدة هذا البحث (٤٤) التفسير عنصر ثبات (٤٦) الاعتراض على هذا التفسير (٥٢) الاظهار عنصر تمليه العلائق الشرعية بين الآدميين (٥٣) التفسير الاصولى (٥٤) الحكمة (٥٥) المظنة (٥٦) هل الحكمة فى عقد البيع هى سد الحاجة أم التراضى ؟ (٦١) الحكم فى اصطلاح الاصوليين (٦٢) الحكم فى اصطلاح الفقهاء (٦٦) الحكمة بمعنى التراضى حكمها ثبوت الملك (٦٧) الحكمة بمعنى سد الحاجة حكمها الاباحة (٦٨) خفاء الرضا وخفاء الاثر يستلزمان الاظهار (٧٢) تقدير التفسير الاصولى 61

المبحث الثالث : إنشائية الإظهار

(٧٣) للاظهار قيمة خاصة (٧٤) دور الاظهار الانشائى (٧٥) خصائص الانشاء (٧٦) الاظهار اخبار وانشاء (٧٧) انشائية الاظهار انشائية ظاهرية (٧٨) أثر الانشاء فى توليد الحكم (٧٩) قياس العلة الشرعية على العلة العقلية : الاثر ينقدح مع المظهر المادى (٨٠) تمييز العلة الشرعية عن العلة العقلية : الاثر ينقدح عقيب المظهر المادى 66

صفحه

الفصل الثانى

إعلام الإرادة

المبحث الأول : الإيذان المقرر والإعلام المنشيء

(٨٢) مشكلة درجة اظهار التعبير (٨٣) الايذان المقرر (٨٤) الاعلام المنشيء (٨٥) تقسيم التعبيرات الى مستلزمة للاعلام وغير مستلزمة (٨٧) تسمية هذين النوعين من التعبيرات بـ : التعبير الموجه والتعبير غير الموجه ، نقدها ، تسمية التعبير واجب التسلم والتعبير غير واجب التسلم ، نقدها ، تسميتنا المختارة : « التعبير الملقى والتعبير المتلقى » (٨٨) أعلام الارادة وايذان الواقعة 76

المبحث الثانى : عناصر الإعلام

الفرع الأول : الركن المعنوى فى الإعلام

(٩٣) ارادة الاعلام فى المذهب الحنفى (٩٤) كاف الخطاب تعبر عن ارادة الاعلام فى التعاقد بين الحاضرين (٩٥) حالات يجيز فيها الفقهاء تخلف ارادة الاعلام (٩٦) ارادة الاعلام فى المذهب الشافعى 87

الفرع الثانى : الركن المادى فى الإعلام

(٩٨) وسائل الاعلام 88

المبحث الثالث : الموجه إليه التعبير المتلق

الفرع الأول : الموجه إليه التعبير والموجهة إليه الآثار الشرعية

(١٠١) التوجيه المادى والتوجيه اللامادى (١٠٣) الموجه اليه التعبير والموجهة اليه الآثار الشرعية يتلازمان (١٠٤) الموجه اليه التعبير النائب 92

الفرع الثانى : مؤيد تخلف الموجه إليه التعبير

(١٠٦) حالتان استثنائيتان : «١» تعيين الوكيل «٢» اذن العبد 93

الفرع الثالث : تعدد الموجه إليهم التعبير

(١٠٨) الاعلام العام 97

المبحث الرابع : وقت تمام التعبير المتلق

الفرع الأول : مفهوم تمام التعبير

(١١٠) تمام التعبير وانتاجه أثره «١» تقدم انتاج الاثر على تمام التعبير «٢» تراخى انتاج الاثر عن تمام التعبير (١١١) تمام التعبير ولزومه (١١٢) لزوم التعبير وانتاجه أثره «١» تقدم اللزوم على انتاج الاثر «٢» تراخى اللزوم عن انتاج الاثر 102

صفحه

الفرع الثانى : وقت تمام التعبير المتلقى

(١١٤) تعاصر تمام التعبير المتلقى وانتاجه أثره (١١٥) تعاصر تمام التعبير المتلقى ولزومه 105

الفرع الثالث : العوارض التى تعترض التعبير قبل تمامه

(١١٧) الرجوع (١١٨) أثر الموت وفقد الاهلية فى التعبير المتلقى 109

الفرع الرابع : تكوين العقد

المطلب الأول : متى يتم العقد فى التعاقد بين الحاضرين ؟

(١٢٠) المذهب الحنفى (١٢١) نظرية العام (١٢٢) التعليل النقلى (١٢٣) التعليل الفنى
(١٢٤) نظرية الاعلان (١٢٥) التعليل النقلى (١٢٦) التعليل الفنى (١٢٧) المذهب الشافعى 117

المطلب الثانى : متى يتم العقد فى التعاقد بين غائبين ؟

(١٢٨) نظرية الاعلان (١٢٩) رأى الدكتور السنهورى (١٣٠) الاعتراض على هذا الرأى 120

الفرع الخامس : تكون العقود فى تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : تكون العقود فى التقنين المدنى المصرى

(١٣٣) التعاقد بين حاضرين (١٣٤) التعاقد بين غائبين 126

المطلب الثانى : تكون العقود فى التقنين المدنى السورى

(١٣٦) التعاقد بين حاضرين (١٣٧) التعاقد بين غائبين 128

المطلب الثالث : نظرية « خيار الطريق »

النظرية المختارة فى تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين الغائبين

§ ١ — الموازنة بين نظرية العلم ونظرية الإعلان

(١٣٩) مساوىء نظرية العلم (١٤٠) مساوىء نظرية الاعلان (١٤١) موقفنا من
نظريتى العلم والاعلان 132

§ ٢ — صياغة النظرية المختارة

(١٤٣) نطاقها (١٤٤) أحكامها (١٤٥) تأصيلها وتسميتها (١٤٦) خيار المجلس
(١٤٧) مبدأ العدالة (١٤٨) مزايا خيار الطريق فى ظل نظرية الاعلان (١٤٩) ميزة خيار
الطريق فى حق الموجب (١٥٠) ميزة خيار الطريق فى حق القابل (١٥١) مزايا نظرية الاعلان
المعدلة على نظرية العلم (١٥٢) المزية الاولى (١٥٣) المزية الثانية (١٥٥) تقنين من وضعنا 145

الصفحه

المبحث الخامس : هل الإعلام المنشيء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

الفرع الأول : الإعلام المنشيء فى المذهب الحنفى

المطلب الأول : التعبيرات الملقاة والتعبيرات المتلقاة

(١٥٨) التعبيرات المجمع عليها : التعبيرات المختلف فيها 147

المطلب الثانى : أساس الإعلام المنشيء

(١٦٠) تعليل انتفاء ضرورة الاعلام فى التعبيرات الملقاة (١٦١) تعليل ضرورة الاعلام فى التعبيرات المتلقاة (١٦٢) الحالات المختلف فيها (١٦٣) الفسخ بخيار الشرط (١٦٦) الوصاية (١٦٧) موقفنا من الآراء المتعارضة 161

المطلب الثالث : التعبيرات الضمنية والإعلام المنشيء

(١٦٩) الاعلام المنشيء فى العزل الضمنى للمضارب (١٧٠) الاعلام المنشيء فى العزل الضمنى للوكيل (١٧١) قياس الفسخ الضمنى على الفسخ الصريح (١٧٢) تسويغ عدم ضرورة الاعلام فى التعبيرات الضمنية 146

المطلب الرابع : الإعلام المنشيء والشكلية

(١٧٣) هل الاعلام المنشيء ضرب من الشكلية ؟ (١٧٤) الارادة الخاصة والاعلام المنشيء (١٧٥) التنازل عن الاعلام المنشيء (١٧٦) الاعلام الذى تتطلبه الارادة الخاصة 169

المطلب الخامس : هل الإعلام المنشيء هو القاعدة أم الاستثناء ؟

§ ١ — المعيار الطبيعى

(١٧٩) كل ما لا يحتاج للرضا لايحتاج للعلم (١٨٠) تقدير هذا المعيار (١٨١) مبنى الالزام على العلم (١٨٢) تقدير هذا المعيار (١٨٣) اعلام التعبير وصفته الاستحثاثية (١٨٤) تقدير هذا المعيار (١٨٥) تصرف الانسان فى خالص حقه لا يتوقف على علم الغير (١٨٦) تقدير هذا المعيار 176

§ ٢ — المعيار الشرعى

(١٨٨) الاعلام المنشيء هو الاصل (١٨٩) تقدير هذا الرأى (١٩٠) انتفاء ضرورة الاعلام هو الاصل 183

§ ٣ — العدالة والإعلام المنشيء

الفرع الثانى : الإعلام المنشيء لدى غير الأحناف

(١٩٣) الاعلام المنشيء فى المذهب الشافعى (١٩٦) الاعلام المنشيء فى المذهب الحنبلى (٢٠٠) الاعلام المنشيء لدى ابن حزم (٢٠١) الاعلام المنشيء فى الطلاق (٢٠٢) تقدير هذا الرأى (٢٠٣) الاعلام المنشيء فى الرجعة (٢٠٤) تقدير هذا الرأى 194

صفحه

الفرع الثالث : الإعلام المنشيء فى تقنينى الجمهورية العربية المتحدة

المطلب الأول : الإعلام المنشيء فى التقنين المدنى المصرى

(٢٠٦) الاعلام هو القاعدة فى التعبيرات التعاقدية (٢٠٧) هل الاعلام هو القاعدة أم الاستثناء فى التعبيرات غير التعاقدية (٢٠٨) تقدير المادة ٩١ ق.م.م 199

المطلب الثانى : الإعلام المنشيء فى التقنين المدنى السورى

(٢١٠) مسوغات اغفال المادة ٩١ ق.م.م (٢١١) مسوغات تعديل المادة ٩٧ ق.م.م (٢١٢) تقنين من وضعنا يشير الى تقسيم التعبيرات الى ملقاة ومتلقاة ويحل محل المادة ٩١ ق.م.م 202

الباب الثانى

طرق التعبير عن الإرادة
(نظرية اللفظية)

الفصل الأول

التعبير عن الإرادة بمظاهر خارجية غير اللفظ

المبحث الأول : الكتابة

(٢١٦) أنواع الكتابة (٢١٧) الكتابة فى العقود (٢١٨) التعاقد بين الحاضرين (٢١٩) التعاقد بين الغائبين (٢٢٠) الرأى المضيق (٢٢١) الاعتراض على الرأى المضيق (٢٢٢) الرأى الموسع (٢٢٣) خصوصيتنا عقد النكاح بالكتابة (٢٢٤) الكتابة فى التصرفات الاحادية 213

المبحث الثانى : الإشارة

الفرع الأول : إشارة الأخرس

(٢٢٧) شرائط الاشارة (٢٢٨) مسوغات الاعتداد بالاشارة (٢٢٩) قيمة الاشارة بالنسبة للكتابة (٢٣٠) اشارة المصمت 219

الفرع الثانى : إشارة غير الأخرس

(٢٣٢) اشارة غير الاخرس فى المذهب المالكى (٢٣٣) اشارة غير الاخرس فى المذهب الحنفى (٢٣٤) مسوغات رفض الاشارة (٢٣٥) تقدير موقف الاحناف (٢٣٦) مدى اعتداد الاحناف بالاشارة (٢٣٧) تطوير الاعتداد بالاشارة (٢٣٨) العامل الفعال فى الاعتداد بالاشارة 239

المبحث الثالث : أى موقف يدل على الرضا

الفرع الأول : الأفعال

(٢٤٠) الفعل قد يكون صريحا وقد يكون كناية 230

صفحه

الفرع الثانى : التعاطى

المطلب الأول : مفهوم التعاطى

(٢٤٢) معنيا التعاطى « ١ » التعاطى بالمعنى الواسع «ب» التعاطى بالمعنى الضيق «ج» ثمرة التمييز بين معنيى التعاطى (٢٤٣) ركنا التعاطى « أ » الرضاء «ب» الاعطاء من جانب أو من جانبين (٢٤٤) تمييز التعاطى عن الاوضاع المشابهة « ١ » تمييز التعاطى عن التعاقد بدلالة الحال «ب» تمييز التعاطى عن العقد الذى يتم بتعبير ضمنى فى أحد شطريه (٢٤٥) نطاق التعاطى 238

المطلب الثانى : التعاطى فى رأى الفقهاء

(٢٤٧) التعاطى فى المذهب الحنفى (٢٤٨) تطور الفقه الحنفى فى نظرته الى محل التعاطى (٢٤٩) تطوره فى نظرته الى شطرى التعاطى (٢٥١) الرأى المضيق (٢٥٢) آثار التعاطى (٢٥٣) الاثر الدينى (٢٥٤) الاثر القضائى (٢٥٥) أدلة نفاة التعاطى (٢٥٦) الادلة النقلية (٢٥٧) الادلة الفنية (٢٥٨) الاعتراض على الرأى المضيق (٢٥٩) الرد على الدليل النقلى (٢٦٠) الرد على الدليل الفنى (٢٦١) تفسير موقف نفاة التعاطى (٢٦٢) الرأى الموسع (٢٦٣) تقدير أدلة الفريقين 261

الفرع الثالث : السكوت

(٢٦٤) السكوت المجرد والسكوت الملابس (٢٦٥) المبدأ : لا ينسب الى ساكت قول (٢٦٦) الاستثناء : السكوت الملابس بيان 265

الفصل الثانى

التعبير عن الإرادة باللفظ

المبحث الأول : الموازنة بين المذاهب فى نظرتها إلى اللفظ

(٢٦٨) نقاط الافتراق (٢٦٩) نقاط الالتقاء 269

المبحث الثانى : تقدير نظرية اللفظية فى الفقه الإسلامى

(٢٧١) مدى نظرية اللفظية (٢٧٦) مسوغات ايثار اللفظ (٢٧٧) مزايا اللفظ (٢٧٨) الموازنة بين اللفظ والكتابة 276

المبحث الثالث : نظرية اللفظية فى قانون الأحوال الشخصية السورى

(٢٧٩) اقتراح تعديل المادة ٧ من قانون الاحوال الشخصية السورى 278

الباب الثالث

نظرية الإرادة الظاهرة فى الفقه الإسلامى

تمهيد

§ ١ — مسألة المفاضلة بين الإرادة الظاهرة والإرادة الباطنة فى الفقة الغربى

(٢٨١) نظرية الارادة الباطنة (٢٨٢) نظرية الارادة الظاهرة (٢٨٣) تمييز ارادة التعبير

صفحه

عن ارادة الاخر (٢٨٤) التقريب بين النظريتين 282

§ ٢ — موقف تقنيني الجمهورية العربية المتحدة من النظريتين

(٢٨٥) موقف المشروع التمهيدى (٢٨٦) موقف التقنين الجديد (٢٨٧) المادة ٨٩ مصرى « ٩٢ سورى » (٢٨٨) المادة ٩١ مصرى (٢٨٩) المادة ٩٢ مصرى (٢٩٠) المواد ١٢٠ و ١٢٦ و ١٢٧ مصرى « ١٢١ و ١٢٧ و ١٢٨ سورى » يذهب راى الى ان المشرع اخـــذ بالارادة الظاهرة فى المواد الخمس السابقة ويذهب راى الى ان المشرع اخـــذ فيها جميعا بالارادة الباطنة ونرى أن المشرع اخذ بالارادة الظاهرة فى المواد الثلاث الاخيرة فحسب (٢٩١) فائدة بحث نظرية الارادة الظاهرة فى الفقه الاسلامى ، خطـة البحث 291

الفصل الأول

صياغة نظرية الإرادة الظاهرة

(٢٩٢) قواعد العلة هى قواعد الصيغة 293

المبحث الأول : قاعدتا المظنة

(٢٩٤) المظنة هى بديل المئنة (٢٩٥) المظنة هى وحدها مناط الحكم (٢٩٦) حـــدود هاتين القاعدتين (٢٩٧) تطبيق قاعدتى المظنة على الصيغة التصرفية (٢٩٨) التعبير هو بديل الارادة وهو مناط الحكم (٢٩٩) التعبير هو دليل قطعى على وجـــود الارادة 297

المبحث الثانى : مسوغات الاعتداد بالمظنة

(٣٠٢) خفاء الحكمة واضطرابها (٣٠٣) استقرار التعامل (٣٠٤) اطـــراد الاحكام (٣٠٥) مسوغات ايثار الارادة الظاهرة على الارادة الباطنـة 303

الفصل الثانى

الصرائح والكنايات

المبحث الأول : الصرائح

الفرع الأول : مفهوم التعبير الصريح

(٣٠٨) تعريفه (٣٠٩) خصائصه (٣١٠) دور العرف فى صراحة الصيغ (٣١١) صـــفته المميزة (٣١٢) اساس هذه الصفة (٣١٣) الصريح والعلة (٣١٤) حـــدود صـــفته المميزة 312

الفرع الثانى : المتمحضات للحال أو الاستقبال

المطلب الأول : المتمحضات للحال

§١ — المتمحضات للحال المجمع عليها

(٣١٨) صيغة الماضى (٣٢٠) التعليل النقلى (٣٢١) التعليل الفنى (٣٢٢) الاعتراض على

صفحه

التعليل النقلى (٣٢٣) دور العرف فى صراحة الصيغ (٣٢٥) صيغة المضارع المقرونة ب «الان» أو بقرينة عرفية (٣٣٣) صيغة «خذ المبيع، هات الثمن» (٣٣٤) الامر فى النكاح والخلع والطلاق على مال (٣٣٥) الامر فى الكفالة والهبة والابراء (٣٣٧) بعض الجمل الاسمية 335

§ ٢ — المتمحضات للحال الخلافية

(٣٤٠) صيغة الامر فى الاقالة (٣٤١) صيغة الامر فى التعاقد بين غائبين (٣٤٢) تقدير موقف الاحناف من صيغة الامر 339

المطلب الثانى : المتمحضات للاستقبال

(٣٤٣) المتمحضات للاستقبال نوعان 339

المطلب الثالث : تطور نظرية الإراده الظاهرة فى المتمحضات

(٣٤٦) منحى القاعدة الاولى : محاولة الكمال بن همام (٣٤٧) أدلته (٣٤٨) مصير محاولة الكمال (٣٤٩) منحى القاعدة الثانية 345

المبحث الثانى : الكنايات

الفرع الأول : مفهوم التعبير الكنائية

(٣٥١) تعريفها (٣٥٢) مظاهرها (٣٥٣) حكمها (٣٥٤) الوقت الذى يجب أن تقترن فيه النية بالفاظ الكناية (٣٥٥) نطاقها (٣٥٦) اختلاف الفقهاء فى انعقاد النكاح بالكناية (٣٥٧) اختلاف الفقهاء فى كنايات الطلاق (٣٥٨) انقلاب التعبير الكناية الى تعبير صريح (٣٥٩) دور العرف فى تصريح الكنايات (٣٦٠) القرائن والكنايات (٣٦١) القرائن وكنايات التفويض (٣٦٢) القرائن وكنايات الطلاق (٣٦٣) القرائن قاصرة عن تحديد أحد محتملات الطلاق لدى الشافعى ومالك (٣٦٤) قانون الاحوال الشخصية السورى ، اخذ برأى مالك والشافعى (٣٦٥) تطور نظرية الارادة الباطنة فى الكنايات 358

الفرع الثانى : المحتملات للحال والاستقبال

(٣٦٧) نطاقها (٣٦٨) المضارع (٣٦٩) الرأى الموسع (٣٧٠) مسوغات التعويل على النية فى صيغة المضارع (٣٧١) الرأى المضيق (٣٧٢) رأى البابرتى (٣٧٣) الامر (٣٧٤) بعض الصيغ الاسمية (٣٧٥) التوسع فى اعتبار المضارع الارتياب باليمين كوسيلة لاثبات النية 369

الفصل الثالث

النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

المبحث الأول : حالات الخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : حالات انعدام الإرادة

(٣٧٩) انعدام التمييز الحقيقى : الصبى ، المجنون . انعدام التمييز الحكمى : النائم ،

صفحه

المغمى عليه (٣٨٠) السكران (٣٨١) تصرفات السكران فى القانون المدنى وقانون الاحوال الشخصية السورى 373

الفرع الثانى : الاختلاف المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : التعبير الحكائى

(٣٨٤) الملقن (٣٨٥) حالة التعليم والتعلم (٣٨٦) حالة التمثيل المسرحى (٣٨٧) مسوغات الاعتداد بالارادة الحقيقية فى التعبير الحكائى (٣٨٨) دور علم الموجه اليه التعبير بعدم جدية التعبير الحكائى 377

المطلب الثانى : التحفظ الذهنى

(٣٩٠) التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم القضائى (٣٩١) التحفظ الذهنى فى نطاق الحكم الديانى (٣٩٢) دور الحكم الديانى التلطيفى (٣٩٣) اثر علم الموجه اليه التعبير بالتحفظ (٣٩٥) التحفظ الذهنى فى القانون المدنى السورى 383

المطلب الثالث : الصورية

§ ١ — معلومات أولية

(٣٩٦) تعريفها (٣٩٧) الصورية المشروعة والصورية غير المشروعة (٣٩٨) الصورية النسبية والصورية المطلقة 384

§ ٢ — الصورية فى التقنين المدنى السورى

(٤٠٠) موقف التشريعات من الصورية (٤٠١) الحل الاول : سريان العقد الظاهر فى حق المتعاقدين والغير (٤٠٢) الحل الثانى : سريان العقد الحقيقى فى حق المتعاقدين والغير (٤٠٣) الحل الثالث : سريان العقد الحقيقى فى حق المتعاقدين والعقد الظاهر فى حق الغير اعتداد المشرع السورى بالحل الاخير 387

§ ٣ — الصورية فى الفقه الإسلامى

(أ) الصورية فى الإنشاءات

أولا : الصورية فى التصرفات غير القابلة للفسخ

(٤٠٦) أنواعها (٤٠٧) نظرية الارادة الظاهرة (٤٠٨) الدليل النقلى (٤٠٩) الاعتبارات الفنية (٤١٠) جعلية الآثار (٤١١) صعوبة اثبات الارادة الباطنة (٤١٢) قياس صورية النكاح على شريطة رفع موجبه (٤١٣) الاعتبارات المصلحية : صلة هذه التصرفات بالنظام العام وتشوف الشارع الى تشجيعها (٤١٤) تقدير نظرية الارادة الظاهرة (٤١٥) نظرية الارادة الباطنة 394

صفحه

ثانياً : الصورية فى التصرفات القابلة للفسخ

(٤١٧) الصورية المطلقة (٤١٩) جزاء الخلاف بين التعبير والارادة (٤٢٠) نظرية الارادة الظاهرة (٤٢٤) نظرية الارادة الباطنة (٤٢٥) نظرية الفساد (٤٢٦) تعليل فساد العقد الصورى لدى الاحناف (٤٢٧) آثار العقد الصورى الفاسد (٤٢٨) الاعتراض على الرأى القائل ان العقد الصورى باطل (٤٢٩) رأينا ان العقد الصورى موقوف (٤٣٠) الموازنة بين العقد الصورى والعقد الفاسد (٤٣١)نقط الالتقاء بين العقد الصورى والعقد الموقوف(٤٣٢)بروزصفة التوقف فى عقد الهازل (٤٣٣) الصورية النسبية (٤٣٤) الصورية بطريق التستر (٤٣٥) الصورية بطريق التستر الجزئى (٤٣٦) الصورية بطريق الاسم المستعار 416

(ب) الصورية فى الإخبارات

(٤٣٧) الاقرار الصورى باطل 417

الفرع الثالث : الاختلاف غير المقصود بين التعبير والإرادة

المطلب الأول : الغلط فى التعبير

§ ١ — معلومات أولية

(٤٤٠) تعريفه (٤٤١) أمثلته (٤٤٢) تسميته (٤٤٣) الغلط فى التعبير والغلط الدافع 421

§ ٢ — جزاء الخلاف بين التعبير والإرادة

(ا) نظرية الإرادة الظاهرة

(٤٤٦) البلوغ قرينة على الاختيار (٤٤٧) البلوغ قرينة تقبل الدليل العكسى (٤٤٨)جزاء الغلط فى التصرفات غير القابلة للفسخ (٤٤٩) دور الحكم الديانى التلطيفى (٤٥٠) جزاء الغلط فى التصرفات القابلة للفسخ (٤٥١) الحالة الاولى : العاقد الاخر لم يصدق الخاطىء : العقد باطل (٤٥٢) العاقد الآخر صدق الخاطىء (٤٥٣) قياس عقد الخاطىء على عقد المكره (٤٥٤) قياس عقد الخاطىء على عقد الهازل (٤٥٥) بطلان عقد الخاطىء (٤٥٦) تقدير نظرية الارادة الظاهرة 436

(ب) نظرية الإرادة الباطنة

(٤٥٧) المذهب الشافعى ، الحنبلى ، ابن حزم 437

المطلب الثانى : عيوب الإرادة

(٤٥٨) الموازنة بين حالة العيوب وحالة الغلط فى التعبير (٤٥٩) عناية الفقه الاسلامى بعيب الاكراه (٤٦٠) اختلاف المذاهب الفقهية فى مؤيدات العيوب 441

صفحه

المبحث الثانى : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

الفرع الأول : عوامل تنوع الجزاء

المطلب الأول : التفرقة بين الرضا والاختيار فى المذهب الحنفى

(٤٦٤) تطابق هذه التفرقة مع التفرقة بين ارادة التعبير واردة الاثر (٤٦٥) ارادة التعبير اخص من ارادة الاثر (٤٦٦) ثمرة التمييز بين ارادة التعبير واردة الاثر : نظرية الفساد (٤٦٧) التمييز بين التصرفات القابلة للفسخ والغير قابلة للفسخ (٤٦٨) جوهرية التعبير فى التصرف القانونى (٤٦٩) الاعتراض على التفرقة بين الرضا والاختيار (٤٧٠) تقدير التفرقة بين الرضا والاختيار 450

المطلب الثانى : نظرية الجعلية فى المذهب الشافعى وتنوع الجزاء

(٤٧١) تقيد المذهب الشافعى بنظرية الجعلية (٤٧٢) نتائج هذا التقيد (٤٧٣) ادغام الرضا بالاختيار (٤٧٤) الغاء محطة الفساد (٤٧٥) صحة التصرفات الصورية وبطلان التصرفات المشوبة بالاكراه (٤٧٦) بطلان التصرفات غير القابلة للفسخ المشوبة بالاكراه أوالغلط فى التعبير 455

المطلب الثالث : مبدأ سلطان الإرادة فى المذهبين الحنبلى والمالكى

(٤٧٧) المذهب الحنبلى : لابد من ارادتين : ارادة التعبير وارادة الاثر (٤٨٠) نتائج هذا المبدأ : بطلان العقود المشوبة بالصورية ، والغلط فى التعبير ، والتردد بين بطلان عقد المكره وعدم لزومه (٤٨١) المذهب المالكى : ثمرة انتصاره للرضائية : بطلان العقود الصورية ، والعقود المشوبة بغلط فى التعبير 460

الفرع الثانى : النظرية العامة للخلاف بين التعبير والإرادة

(٤٨٤) الرأى الاول : الفقه الاسلامى موضوعى النزعة (٤٨٥) الرأى الثانى : الفقه الاسلامى ذاتى النزعة (٤٨٦) نزعة ابن القيم (٤٨٧) موقفنا من هذين الرأيين (٤٨٨) انتساب الفقه الاسلامى لنظرية الارادة الظاهرة (٤٨٩) ملطفات الاخذ بالارادة الظاهرة 466

الباب الرابع

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

الفصل الأول

نظرية السبب فى الفقه الغربى

المبحث الأول : نظرية السبب فى الفقه اللاتينى الحديث

(٤٩٢) انواع السبب 470

الفرع الأول : السبب الفنى

(٤٩٣) السبب والارادة (٤٩٤) السبب والشكل (٤٩٥) السبب والرضا (٤٩٦) السبب

صفحة

الفنى فى طوائف العقود المختلفة (٤٩٧) شروطه (٤٩٨) دور السبب الفنى فى تكوين العقد (٤٩٩) دور السبب الفنى فى تنفيذ العقد 474

الفرع الثانى : السبب المصلحى

(٥٠٠) أساس السبب المصلحى (٥٠١) شروطه (٥٠٢) الخلاصة 477

المبحث الثانى : النظرية الإيطالية فى السبب

(٥٠٣) السبب هو وظيفة التصرف القانونى (٥٠٤) وظيفة السبب (٥٠٥) تمييز السبب عن الباعث (٥٠٦) وظيفة التصرف القانونى (٥٠٧) وجوه الشبه والخلاف بين النظريتين الايطالية والفرنسية (٥٠٨) تقدير هذه النظرية 480

المبحث الثالث : السبب فى القانون المدنى الألمانى

(٥٠٩) السبب هو جزء من التعبير عن الارادة 481

الفصل الثانى

نظرية السبب فى الفقه الإسلامى

المبحث الأول : السبب الفنى

(٥١١) الصيغة هى الركن الوحيد (٥١٢) الشكليات المهذبة ـ نظرية وحدة العقد ، نظرية اللفظية ، نظرية مجلس العقد ـ وتخلف السبب 483

الفرع الأول : دور السبب الفنى فى تكوين العقد

(٥١٤) حلول الفقه الاسلامى (٥١٥) مقارنة الحلول (٥١٦) لكل فقه صناعته الخاصة (٥١٧) السبب هو المقصد الاصلى للعقد 491

الفرع الثانى : دور السبب فى تنفيذ العقد

(٥١٩) أساس الامتناع المشروع عن الوفاء (٥٢٢) أساس حق الفسخ (٥٢٤) أساس تحمل التبعة 497

الفرع الثالث : نظرية المقصد الأصلى

(٥٢٦) التقريب بين النظرية الايطالية فى السبب ونظرية السبب فى الفقه الاسلامى (٥٢٧) تعريف المقصد الاصلى (٥٢٨) خصائص المقصد الاصلى (٥٢٩) تحديده لنوع التصرف (٥٣٠) تمثيله لوظيفة التصرف (٥٣١) المقصد الاصلى للعقد وحكمه وموضوعه (٥٣٢) تمييز المقصد الاصلى عن محل العقد (٥٣٣) ارتباط المقصد بالمحل (٥٣٤) المقصد الاصلى والسبب الفنى التقليدى (٥٣٥) المقصد الاصلى والسبب المصلحى (٥٣٦) المقصد الاصلى والحكمة (٥٣٧) المقصد الاصلى وارادة الشارع (٥٣٨) دور المقصد الاصلى كوسيلة فنية : المقصد الاصلى للعقد ومقاصده التابعة (٥٣٩) ثمرة التمييز بينهما (٥٤٠) المقصد الاصلى هو أساس التزام المتعاقدين (٥٤٣) المقصد الاصلى هو المسوغ لحماية الشارع للتصرف 513

صفحه

المبحث الثانى : السبب المصلحى

الفرع الأول : النظرية الموضوعية فى السبب المصلحى

(٥٤٨) يعتد بالسبب المصلحى اذا كان فى صلب التعبير عن الارادة (٥٤٩) الحالة الاولى : السبب المصلحى مذكور فى صلب التعبير عن الارادة ، نصوص من الفقهين الشافعى والحنفى.
(٥٥٠) الحالة الثانية : السبب المصلحى مستخلص من ملابسات التصرف (٥٥١) بيع العينة (٥٥٢) طلاق الفار (٥٥٤) لا يعتد بالسبب المصلحى اذا لم ينتظمه التعبير عن الارادة 527

الفرع الثانى : النظرية الذاتية فى السبب المصلحى

(٥٥٦) النظرية الذاتية فى المذهب الحنبلى (٥٥٧) دور ابن القيم فى اعمال الباعث غير المشروع (٥٥٨) كيف يتصل العاقد الاخر بالباعث غير المشروع (٥٥٩) النظرية الذاتية فى المذهب المالكى (٥٦٠) النظرية الذاتية فى السبب المصلحى ومبدا سد الذرائع (٥٦١) مبدا سد الذرائع : معناه (٥٦٢) ادلته (٥٦٣) أنواع الوسائل بالنسبة الى نتائجها (٥٦٤) تقسيم ابن القيم (٥٦٥) تقسيم الشاطبى (٥٦٦) التلازم بين الاعتداد بالسبب المصلحى وسد الذرائع (٥٦٧) مدى هذا التلازم (٥٦٨) وحدة الغاية (٥٦٩) اختلاف الوسيلة 543

القسم الثانى

دور التعبير عن الإرادة فى تحديد آثار التصرف القانونى

تمهيد

(٥٧٠) التمييز بين حكم العقد وحقوقه: التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة (٥٧١) ثمرة التمييز بين حكم العقد وحقوقه (٥٧٢) ثمرة التمييز بين حقوق العقد الاصلية وحقوقه المكتسبة 550

الفصل الأول

التفسير

المبحث الأول : التفسير فى القانون المدنى السورى

(٥٧٥) معنيا التفسير (٥٧٦) تفسير العقد وتحديد نطاقه وتكييفه (٥٧٧) النظرية التقليدية فى التفسير (٥٧٨) النظرية المادية فى التفسير (٥٧٩) التفسير فى القانون المدنى السورى .. 553

المبحث الثانى : التفسير فى الفقه الإسلامى

(٥٨٠) الاعتداد بالارادة الظاهرة (٥٨١) مؤدى المادة ٣ من المجلة ، تعارض قاعدة « العبرة فى العقود للمقاصد والمعانى » مع قاعدة « المعتبر فى امور العباد الاسم واللفظ » وقاعدة « انما يحرم ويحلل الكلام » (٥٨٢) التفسير بالمعنى الضيق (٥٨٣) التفسير بالمعنى الواسع (٥٨٥) التفسير الحرفى (٥٨٦) نفى التفسير الحرفى (٥٨٧) تقدير التفسير الحرفى 565

صفحه

الفصل الثانى

شرعية آثار التصرف القانونى

المبحث الأول : شرعية الآثار ونظرية التعبير

(٥٨٨) القانون هو الذى يحدد الاثر (٥٨٩) ارادة التعبير واردة الاثر (٥٩٠) أساس شرعية الآثار (٥٩١) نظرية التعبير ومبدأ سلطان الارادة (٥٩٢) نفى التعارض بينهما (٥٩٣) اثبات التعارض بينهما (٥٩٤) نتائج ترتيب القانون الاثار (٥٩٥) تقدير هذه النظرية 573

المبحث الثانى : شرعية الآثار فى الفقه الإسلامى

(٥٩٩) مفهوم جعلية الآثار (٦٠٠) الجعلية بالمعنى الواسع (٦٠١) الجعلية بالمعنى الضيق (٦٠٢) دليل الجعلية (٦٠٣) اجماع الفقهاء على جعلية الاثار (٦٠٤) أساس الجعلية (٦٠٥) الجعلية ومبدأ سلطان الارادة (٦٠٦) تقدير الجعلية بالمعنى الواسع: نسبيتها (٦٠٧) الجعلية والنظام العام (٦٠٩) الجعلية وعقد النكاح (٦١٠) تقدير الجعلية بالمعنى الضيق (٦١١) الجعلية وانتقال الملكية بمجرد العقد (٦١٢) الجعلية ونظرية السبب (٦١٣) الجعلية وتفسير ظاهرة النيابة 592

الفصل الثالث

القوة الملزمة للعقد

(٦١٤) القوة الملزمة للعقد فى القانون المدنى السورى (٦١٥) حدودها (٦١٦) القوة الملزمة للعقد فى الفقه الاسلامى (٦١٧) الموازنة بين الفقه الاسلامى والقانون الوضعى (٦١٨) الفسخ وقـــبـــوة العقد الملـــزمة 598

الملحق رقم (١)

شرط السماع فى الايجاب والقبول

فى التعاقد بين حاضرين فى المذهب الحنفى

(عرض وتحقيق)

الرمـــوز والاصطلاحات المستعملة فى الملحـــق رقم (١) فائدة العـــرض ٦٠٣ — خطـــة العرض ٦٠٤ .. .. (ص ٦٠٢ — ص ٦٠٤)

§ ١ — شرط السماع فى الإيجاب والقبول فى عقد البيع

(أ) فهرس مجموعات النصوص ٦٠٥ — (ب) فهرس عرض النصوص ٦٠٧ — (ج) عرض النصوص الفقهية ٦٠٩ — (د) تاصيل شرط السماع ٦٥٦ — نظرية أبى الحسن الكرخى : استدلالها ٦٥٧ — انصارها ٦٥٨ — نظرية ابى جعفر الهندوانى : استدلالها ٦٥٩ — أنصارها ٦٦١ — نظـرية بشر بن غياث الريسى ٦٦٢ — نظـرية شمس الائمة الحلوانى ٦٦٣ — موقفنا

من النظريتين ٦٦٤ ـ (هـ) شرط السماع فى عقد البيع : رائد هـذا الشرط ٦٦٥ ـ دور القاضى علاءالدين فى ايجابه ٦٦٦ ـ تطور شرط السماع ٦٦٧ ـ المرتضون لشرط السماع ٦٦٨ ـ أزمة شرط السماع ٦٦٨ ـ تضعيف الشيخ الرحمتى لشرط السماع ٦٦٩ ـ تصحيح ابن عابدين لشرط السماع ٦٧٢ ـ المترددون بين تضعيف شرط السماع وتقويته ٦٧٣ ـ التوفيق بين الاقوال المتعارضة ٦٧٤ ـ تقدير دعوى الاجماع على شرط السماع ٦٧٦ ـ .. .. (ص ٦٠٥ ـ ص ٦٧٨)

§ ٢ ـ شرط السماع فى الايجاب والقبول فى عقد النكاح

فهرس مجموعات النصوص ٦٧٩ ـ فهرس عرض النصوص ٦٨١ ـ عرض النصوص الفقهية ٦٨٢ ـ رائد هذا الشرط ٦٩٩ ـ تطوره ٧٠١ ـ تعليله ٧٠٢ ـ التعليل النقلى ، الاعتراض على التعليل النقلى ٧٠٢ ـ التعليل الفنى ٧٠٣ ـ الاعتراض على التعليل الفنى ٧٠٤ .. .. (ص ٦٧٩ ـ ص ٧٠٤)

الملحق رقم (٢)

ملحوظاتنا على أبحاث السبب فى المؤلفات الحديثة

أولا : النظرية العامة للالتزامات فى الشريعة الاسلامية للدكتور شفيق شحاته ٧٠٥ ـ ثانيا : النظرية العامة للموجبات والعقود فى الشريعة الاسلامية للدكتور صبحى المحمصانى ٧٠٥ ـ ثالثا : الاموال ونظرية العقد فى الفقه الاسلامى للدكتور محمد يوسف موسى ٧١١ ـ رابعا : المدخل الفقهى العام الى الحقوق المدنية فى البلاد السورية للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٢ ـ خامسا : نظرية الالتزام العامة ، شرح القانون المدنى السورى للأستاذ مصطفى الزرقاء ٧١٣ ـ سادسا : مصادر الحق فى الفقه الاسلامى للدكتور عبد الرزاق السنهورى ٧٢٤ ـ سابعا : الشرط المستحيل والمخالف للنظام العام أو للآداب فى القانون المدنى للدكتور عبد الله الجليلى ٧٢٦ .. .. (ص ٧٠٥ ـ ص ٧٣٦)

الملحق رقم (٣)

تقنين من وضعنا (ص ٧٣٧)

المراجع

(١) الفقه الاسلامى اولا الكتب والمخطوطات القديمة (أ) الفقه الحنفى ٧٤٢ ـ (ب) الفقه الشافعى ٧٥٠ ـ (جـ) الفقة المالكى ٧٥٠ ـ (ء) الفقة الحنبلى ٧٥١ ـ (هـ) المذاهب الاخرى ٧٥٢ ـ (و) أصول الفقه ٧٥٣ ـ (ز) التفسير والحديث ٧٥٤ ـ (ح) الطبقات ٧٥٤ ـ (ط) القواميس العربية ٧٥٤ ـ ثانيا : المؤلفات الحديثة فى الفقه الاسلامى ٧٥٤ ـ التقنينات وشروحها ٧٥٧ ـ المراجع غير العربية فى الفقه الاسلامى ٧٥٨ .. .. (ص٧٤٢ ـ ص٧٥٨)
(٢) مراجع القانون المدنى ٧٥٨ ـ المراجع غير العربية ٧٦٠ .. ..(ص٧٥٨ ـ ص٧٦١)

تصويب الخطأ

صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
٤	٣	مادية بحتة	مادية
٤	٤	مالية محضة	مالية
٤	٦	توف	تف
٥	١٤	تغبير	تغيير
٥	١٦	ليست	ليس
٦	١٣	الرازق	الرزاق
٧	هامش ٢		يحذف
٧	١٧	إليه (٢)	إليه
٨	١٢	طبيعته	طبيعيته
١٠	٥	سلسته	سلسلته
١١	٣	المطابة	المطالبة
١٣	٧	ماورائها	ماوراءها
١٣	١٣	أثره	أثره
١٨	٢٠	ويبين	« ويبين
١٨	٢٠	على	مع
١٩	١	على إمكان	مع إمكان
١٩	١٣	(٢)	(٢) ».
١٩	هامش ٢	٢٥.	٢٥ . ملخصاً .
٢٠	١٥	الخامسة	السادسة
٢٠	هامش	٢٢	٢٣
٢١	٢٠	على	مع
٢٢	١	دراجة نارية	دابة
٢٢	٧	طائماً	لا طائماً
٢٥	هامش ١	اعتباراً من قارن. يضاف إلى الهامش رقم ٢ ص ٢٤ .	
٣٣	١٣	الواقعة	الوقائع
٣٤	٥	محمد	أحمد
٤١	٢٤	التسيب	التسييب
٤٣	٥	الاختيار	الاختبار
٤٥	٧	الاحتفاظ بهذا	المحافظة على
٤٥	١٢	الاحتفاظ	المحافظة
٤٥	١٧	سوئها	سوءها
٤٧	١١	وصفه	وصفاً
٤٨	٢	إننا	أننا
٥٢	٥	الوحه	الوجه
٥٤	٢٣	٧	٧٠
٥٧	١٩	معنيية	معنييه
٥٩	٣	على	إلى
٦٠	٢٢	٧٧	٧١
٦٢	آخر سطر	الكلام	الأصول
٦٣	أول سطر	الكلام	الأصول
٦٣	١٠	للازمة	للازمه
٧٠	١٠	الحلافه	الخلافة
٧٢	١	نافذة	صحيحة
٨٣	٨	قبولها	قبولها
١١١	٢	يضاف إلى بعد تعبير ملق مايلي: تم العقد بمجرد إظهار القبول ، وإن كان تعبيراً متلق .	
١٢١	٢١	الدر	الدرر
١٢١	٧	دون	لأن
١٢٢	١٦	الموجب إليه	الموجب إليها

صفحة	سطر	الخطأ	الصواب
١٢٤	١٨	التعليل	التعديل
١٢٦	١٢	الآنفة	آنفة
١٢٨	٢٥	فرح	فرج
١٢٩	٥	١٢٨	١٣٨
١٣١	٢٣	الإيحاب	الإيجاب
١٤٩	٩	أجازة	أجازه
١٥١	١٦	للخاطب	المخاطب
١٥١	١١	يتطليق	بتطليق
١٥١	١٤	التعبرات	التعبيرات
١٥١	٢٣	القفه	الفقه
١٥٢	١٣	(٣)	(٣) . »
١٥٢	١٦	(٤)	(٤) . »
١٦٤	٧ هامش	ضمينا	ضمنياً
١٦٩	١٧	قول	قولاً
١٦٩	١٨	قول	قولاً
١٧٤	٥	التخيير	الاختيار
١٧٤	٧	التخيير	الاختيار
١٧٤	١١	مصده	مصدره
١٨٣	١٢ هامش	ذكره	ما ذكره
١٩٩	٢٣	إردتهما	إرادتهما
٢٠٠	٢٥	لا شرع	المشرع
٢٠٠	٢	حذفها	حذفها أو تعديلها
٢١٦	١٥	الفطن	الرجل الوسطى
٢١٦	١٦	الرجل الوسطى	الفطن
٢١٨	آخر هامش	٨	٧
٢٤٣	١٦	الفقيهين	الفقهين
٢٧٠	١٧	ساسة	الأساسية
٢٧١	٤	الأخرس	غير الأخرس
٢٨٦	هامش ١	ف ٣	ف ٦٣ ، ص
٢٩٤	٢٠	المحرح	المجرح
٢٩٤	٨	النسبب	التسبب
٣١٩	٢٠	أزمتهم	أزمنتهم
٣٢٢	١٦	خارجى	صيفى
٣٢٢	١٧	الظروف الخارجية	تحذف
٣٣٥	٦	الظاهرة	الباطنة
٣٥٤	١٢	حل العرف	حلت القرينة
٣٥٤	١٧	يأخذ	لا يعتد
٣٥٤	١٨	الظاهرة	الباطنة
٣٥٤	١٩	البواطن النفسية	تحذف
٣٦٧	١٥	الظاهرة دون الإرادة	تحذف
٣٦٨	٢٦	ص...	ص ٣٦٣
٣٦٨	٣	قبول	وقبول
٣٨٤	١٢	على آخر	مع آخر
٣٩٠	١٥	المحال	المحتال
٣٩٢	٦	ملترمين	ملتزمين
٣٩٢	٨	ينسط	ينبسط
٣٩٣	٣	علوائه	غلوائه
٣٩٣	٢٣	تحتم	تحتيم
٣٩٦	١١	التلحئة	التلجئة
٣٩٦	١٢	العافد	العاقد
٤٠٠	٥	كالهارلين	كالهازلين
٤٠١	هامش ٣	الخضيرى	الخضرى

صفحه	سطر	الخطأ	الصواب
٤١٨	هامش ٤	ص ١	س ١
٤٥٦	١٧	المحدد	المجدد
٤٧١	١	الثانى	الثالث
٤٨٥	٩	للحكم (٢)	للحكم
٤٨٥	هامش ٢		يحذف
٤٨٦	٢	(١). »	(١)
٥٠٤	١١	٣٣٥	٥٣٥
٥٥٦	هامش٢		يضاف مايلى : راجع مصادر الحق ، ج٦ ص ٣٤
٥٨٣	٤	والإرادة تتبنى	والقانون يتبنى
٥٩٧	١٢	القيناها	الفيناها
٥٩٧	٢٠	وصم	وصف

صفحه	سطر	الخطأ	الصواب
٦٠٠	١٨	الملازمة	الملزمة
٦٥٩	١٩		يضاف بعد كلمة مسموع مايلى: لأنه ليس بمفهوم ألا ترى أن الكتاب لا يسمى كلاما مع أنه مفهوم
٦٩١	١٩	يؤثر	لا يؤثر
٦٩٨	٩	يفهما	لم يفهما
٧١٣	٢	متغايرتان	متغايرتين
٧١٥	٢١	فيعلم	فيسلم
٧٣٨	١٠	أبنا	أبناء عن
٣٥	١٤—١٩		يحذف

« تم بعون الله »


رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com

طبع بمطابع الشركة الوطنية للنشر والتوزيع
مطبعة أحمد زبانة ـ الجزائر



رفع
عبد الرحمن النجدي
أسكنه الله الفردوس
www.moswarat.com